

IN THE MATTER OF the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34;

AND IN THE MATTER OF certain conduct of Google Canada Corporation and Google LLC relating to the supply of online advertising technology services in Canada;

AND IN THE MATTER OF an application by the Commissioner of Competition for one or more orders pursuant to section 79 of the *Competition Act*.

B E T W E E N:

COMMISSIONER OF COMPETITION

Applicant

and

GOOGLE CANADA CORPORATION AND GOOGLE LLC

Respondents

**BOOK OF AUTHORITIES OF GOOGLE CANADA CORPORATION
AND GOOGLE LLC
VOLUME 2 OF 20**

PUBLIC

-2-

August 22, 2025

DAVIES WARD PHILLIPS & VINEBERG LLP
155 Wellington Street West
Toronto ON M5V 3J7

Kent E. Thomson (LSO# 24264J)
Tel: 416.863.5566
Email: kentthomson@dwpv.com

Elisa K. Kearney (LSO# 49342T)
Tel: 416.367.7450
Email: ekearney@dwpv.com

Chantelle T.M. Cseh (LSO# 60620Q)
Tel: 416.367.7552
Email: ccseh@dwpv.com

Chanakya A. Sethi (LSO# 63492T)
Tel: 416.863.5516
Email: csethi@dwpv.com

Chenyang Li (LSO# 73249C)
Tel: 416.367.7623
Email: cli@dwpv.com

Tel: 416.863.0900
Fax: 416.863.0871

Lawyers for the Respondents, Google
Canada Corporation and Google LLC

PUBLIC

-3-

TO: **ATTORNEY GENERAL OF CANADA**
Department of Justice Canada
Competition Bureau Legal Services
Place du Portage, Phase I
50 Victoria Street, 22nd Floor
Gatineau, QC K1A 0C9

Alexander M. Gay

Email: alexander.gay@cb-bc.gc.ca

Donald Houston

Email: donald.houston@cb-bc.gc.ca

John Syme

Email: john.syme@cb-bc.gc.ca

Derek Leschinsky

Email: derek.leschinsky@cb-bc.gc.ca

Katherine Rydel

Email: katherine.rydel@cb-bc.gc.ca

Sanjay Kumbhare

Email: sanjay.kumbhare@cb-bc.gc.ca

Tel: 613.296.4470

Fax: 819.953.9267

Lawyers for the Applicant, the Commissioner of Competition

AND TO: THE REGISTRAR OF THE COMPETITION TRIBUNAL
Thomas D'Arcy McGee Building
90 Sparks Street, Suite 600
Ottawa, ON K1P 5B4

Email: Tribunal@ct-tc.gc.ca

PUBLIC

INDEX

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
SECONDARY SOURCES		
VOLUME 1		
1)	Blackstone, <i>Commentaries on the Laws of England</i> 343 (1769)	1
2)	<i>Canadian Oxford Dictionary</i> , 2nd ed. (Don Mills: Oxford University Press, 2004), p. 6 (“Abuse”) and p. 1529 (“Stigma”)	5
3)	<i>Collins English Dictionary</i> , 3 ed. (Glasgow: HarperCollins, 1992), p. 7 (“Abuse”)	9
4)	Deschamps, “Cineplex ordered to pay \$38.9-million by Competition Tribunal in ticket fee case”, <i>The Globe and Mail</i> (23 Sept. 2024)	12
5)	European Commission, “Procedures in Article 102 Investigations”, online: https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/procedures/article-102-investigations_en	14
6)	European Union, “Guidelines for setting fines” (2020), online: https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/guidelines-for-setting-fines.html	18
7)	Forsyth, <i>History of Trial by Jury</i> (London: John W Parker and Son, 1852), pp. 8-9	21
8)	Goldman, “The Impact of the Competition Act of 1986” in R.S. Khemani and W.T. Stanbury, eds., <i>Canadian Competition Law and Policy at the Centenary</i> (Halifax: The Institute for Research on Public Policy, 1991)	26
9)	Goldman & Joneja, “The Institutional Design of Canadian Competition Law: The Evolving Role of the Commissioner” (2010) 41:3 Loy. U. Chi. L.J. 535	28
10)	Hogg & Wright, <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. (Toronto: Thomson Reuters Canada, 2020+), §47.15, §48:18, §48:21, §51.3	66
11)	Johnston, <i>The People’s Champion: Trial by Jury</i> (Toronto: LexisNexis Canada, 2024) §2.05.	90

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
12)	Jordan, “An Examination of the Proposed Amendments to the Canadian Competition Law: Bill C-91” (1986) 10:2 <i>Suffolk Transnat’l. L.J.</i> 473	97
13)	McGuinness, <i>The Encyclopedic Dictionary of Canadian Law</i> (Toronto: Lexis-Nexis, 2021), Vol. 3, p. S-317 (“Stigma”)	111
14)	McLeod, “Facing the Consequences: Should the Charter Apply to Administrative Proceedings Involving Monetary Penalties?” 30 <i>Nat’l. J. Const. L.</i> 59	114
15)	<i>Paperback Oxford English Dictionary</i> (Oxford: Oxford University Press, 2005), p. 4 (“Abuse”)	140
16)	<i>Public Prosecution Service of Canada Deskbook</i> (Ottawa: Public Prosecution Service of Canada, 2014-2020), 4.2	143
17)	Rankin, “The Origins, Evolution and Puzzling Irrelevance of Jury Recommendations in Second Degree Murder Sentencing” (2015) 40:2 <i>Queen’s L.J.</i> 531	148
18)	Robertson, “Canada Bread’s \$50-million fine sends ‘strong message’ against price fixing, Competition Commissioner says”, <i>The Globe and Mail</i> (22 June 2023)	178
19)	Sullivan, <i>The Construction of Statutes</i> , 7th ed. (Toronto: LexisNexis Canada, 2022) §25.07	181
20)	<i>The Concise Oxford Dictionary of Current English</i> , 7th ed (Oxford: Oxford University Press, 1986), p. 5 (“Abuse”)	198
21)	<i>The Shorter Oxford English Dictionary</i> , 3rd ed. (Oxford: Clarendon Press, 1959), Vol. I, p. 9 (“Abuse”), and Vol. II, pp. 2019-2020 (“Stigma”)	201
JUDICIAL AUTHORITIES		
VOLUME 2		
22)	3510395 <i>Canada Inc. v. Canada</i> , 2020 FCA 103 , leave refused, 2021 CanLII 15598 (SCC)	206
23)	<i>Air Canada c. Canada</i> , 2003 CarswellQue 14915 (CA)	337

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
24)	Anonymous Case, <i>Lib. Assisarum</i> , 41, 11 (1367), Translated and reprinted in Pound, <i>Readings on the History and System of the Common Law</i> , 2d ed. (Boston: Boston Book Company 1913)	371
25)	<i>Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association</i> , 2003 SCC 36	379
26)	<i>Canada v. Canada Pipe Company Ltd.</i> , 2006 FCA 233 , leave refused, 2007 CanLII 16765 (SCC)	407
VOLUME 3		
27)	<i>Canada v. Chatr Wireless Inc.</i> , 2013 ONSC 5315	461
28)	<i>Canada v. Federation of Law Societies</i> , 2015 SCC 7	542
29)	<i>Canada v. Harkat</i> , 2014 SCC 37	614
30)	<i>Canada v. Lalonde</i> , 2016 ONCA 923	685
31)	<i>Canada v. Pharmaceutical Society (Nova Scotia)</i> , 1992 CarswellNS 15 (SCC)	703
VOLUME 4		
32)	<i>Canada v. Power</i> , 2024 SCC 26	755
33)	<i>Canadian National Transportation Ltd. v. Canada</i> , 1983 CarswellAlta 167 (SCC)	973
VOLUME 5		
34)	<i>Canadian Western Bank v. Alberta</i> , 2007 SCC 22	1027
35)	<i>Charkaoui v. Canada</i> , 2007 SCC 9	1110
36)	<i>Cheatle v. The Queen</i> , [1993] HCA 44	1189
37)	<i>Commissioner of Competition v. Direct Energy Marketing Limited</i> , CT-2012-003 (Consent Agreement, October 30, 2015)	1214
38)	<i>Commissioner of Competition v. Reliance Comfort Limited Partnership</i> , CT-2012-002 (Consent Agreement, November 5, 2014)	1221

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
VOLUME 6		
39)	<i>Commissioner of Competition v. Toronto Real Estate Board</i> , 2016 CACT 7 , affirmed, 2017 FCA 236 , leave refused, 2018 CanLII 78753 (SCC)	1235
VOLUME 7		
40)	<i>Commissioner of Competition v. Vancouver Airport Authority</i> , 2019 CACT 6	1410
VOLUME 8		
41)	<i>Commissioner of Competition v. X</i> , 2018 ONSC 3374	1591
42)	<i>Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario</i> , 1991 CarswellOnt 3004 (SCC)	1610
43)	<i>Dywidag Systems International Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.</i> , 1990 CarswellNS 60 (SCC)	1625
44)	<i>F.H. v. McDougall</i> , 2008 SCC 53	1630
45)	<i>Goodwin v. British Columbia</i> , 2015 SCC 46	1668
46)	<i>Guindon v. Canada</i> , 2015 SCC 41	1718
47)	<i>Halifax Herald Ltd. v. Nova Scotia</i> , 2008 NSSC 369	1784
VOLUME 9		
48)	<i>John Howard Society v. Saskatchewan</i> , 2025 SCC 6	1826
49)	<i>Kligman v. M.N.R.</i> , 2004 FCA 152	1979
50)	<i>MacBain v. Lederman</i> , 1985 CarswellNat 628 (FCA)	2042
51)	<i>Martineau v. MNR</i> , 2004 SCC 81	2075
52)	<i>New Brunswick Broadcasting Co. v. Canadian Radio-Television & Telecommunications Commission</i> , 1984 CarswellNat 66 (FCA)	2098
VOLUME 10		
53)	<i>Northwest Territories v. P.S.A.C.</i> , 2001 FCA 162	2118

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
54)	<i>Ontario v. G</i> , 2020 SCC 38	2157
55)	<i>Pearlman v. Law Society (Manitoba)</i> , 1991 CarswellMan 201 (SCC)	2308
VOLUME 11		
56)	<i>RJR-MacDonald Inc. v. Canada</i> , 1995 CanLII 64 (SCC)	2329
57)	<i>R. v. Albashir</i> , 2021 SCC 48	2497
58)	<i>R. v. Alexander</i> , 2003 BCCA 386	2556
59)	<i>R. v. Appulonappa</i> , 2015 SCC 59	2572
VOLUME 12		
60)	<i>R. v. Archambault</i> , 2024 SCC 35	2619
61)	<i>R. c. Assoc. quebecoise des pharmaciens propriétaires</i> , 1995 CarswellQue 2219 (CS)	2799
62)	<i>R. v. Babos</i> , 2014 SCC 16	2813
63)	<i>R. v. BASF Aktiengesellschaft</i> , 1999 CarswellNat 6381 (FC)	2845
64)	<i>R. v. Big M Drug Mart Ltd.</i> , 1985 CarswellAlta 316 (SCC)	2880
VOLUME 13		
65)	<i>R. v. Bissonnette</i> , 2022 SCC 23	2933
66)	<i>R. v. Brown</i> , 2022 SCC 18	3004
67)	<i>R. v. Brunelle</i> , 2024 SCC 3	3090
68)	<i>R. v. Canada Bread Company Limited</i> , 2023 ONSC 3790	3163
69)	<i>R. v. Cathay Pacific Airways Ltd.</i> , 2013 CarswellOnt 18740 (SCC)	3169
VOLUME 14		
70)	<i>R. v. Chouhan</i> , 2021 SCC 26	3177
71)	<i>R. v. Conway</i> , 2010 SCC 22	3331

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
72)	<i>R. v. Cross</i> , 2006 NSCA 30 , <i>leave refused</i> , 2006 CanLII 29077 (SCC)	3381
73)	<i>R. v. Domfoam Inc.</i> , 2012 CarswellOnt 17498 (SC)	3414
74)	<i>R. v. Eddy Match Co.</i> , 1953 CarswellQue 16 (CA)	3430
75)	<i>R. v. Elliott</i> , [1905] O.J. No. 162 [starting at ¶38] (C.A.)	3450
VOLUME 15		
76)	<i>R. v. Ferguson</i> , 2008 SCC 6	3463
77)	<i>R. v. Furukawa Electric Co.</i> , 2013 CarswellOnt 18744 (SC)	3498
78)	<i>R. v. G. (R.M.)</i> , 1996 CanLII 176 (SCC)	3504
79)	<i>R. v. Grant</i> , 1993 CarswellBC 1168 (SCC)	3547
80)	<i>R v. Grant</i> , 2009 SCC 32	3576
81)	<i>R. v. Jarvis</i> , 2002 SCC 73	3683
VOLUME 16		
82)	<i>R. v. K.R.J.</i> , 2016 SCC 31	3740
83)	<i>R v. Kokopenace</i> , 2015 SCC 28	3817
84)	<i>R. v. Kum</i> , 2015 ONCA 36	3941
VOLUME 17		
85)	<i>R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine</i> , 2003 SCC 74	3973
86)	<i>R. v. McKinlay Transport Ltd.</i> , 1990 CarswellOnt 992 (SCC)	4137
87)	<i>R v. McKnight</i> , [1999] O.J. No. 1321 (C.A.)	4157
88)	<i>R. v. Morgentaler</i> , 1993 CarswellNS 19 (SCC)	4187
89)	<i>R. v. Nestlé Canada Inc.</i> , 2015 ONSC 810	4226

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
VOLUME 18		
90)	<i>R. v. Nur</i> , 2015 SCC 15	4247
91)	<i>R. v. Oakes</i> , 1986 CarswellOnt 95 (SCC)	4333
92)	<i>R. v. Osolin</i> , 1993 CarswellBC 512 (SCC)	4366
93)	<i>R. v. Samji</i> , 2017 BCCA 415 , leave refused, 2018 CanLII 48394 (SCC)	4435
94)	<i>R. v. Shoker</i> , 2006 SCC 44	4491
95)	<i>R. v. Stinchcombe</i> , 1991 CarswellAlta 192 (SCC)	4520
96)	<i>R. v. Swietlinski</i> , 1994 CarswellOnt 102 (SCC)	4536
VOLUME 19		
97)	<i>R. v. Trebilcock</i> (1858), 169 ER 1079	4559
98)	<i>R. v. Veranski</i> , 2011 BCSC 1322	4563
99)	<i>R. v. Volkswagen AG</i> , 2020 ONCJ 398	4627
100)	<i>R. v. Wigglesworth</i> , 1987 CarswellSask 385 (SCC)	4644
101)	<i>Re B.C. Motor Vehicle Act</i> , 1985 CarswellBC 398 (SCC)	4668
102)	<i>Reference re Firearms Act</i> , 2000 SCC 31	4709
103)	<i>Rémillard v. Canada</i> , 2022 FCA 63	4762
104)	<i>Round v. MacDonald, Dettwiler and Associates Ltd.</i> , 2012 BCCA 456	4800
105)	<i>Schachter v. Canada</i> , 1992 CarswellNat 1006 (SCC)	4817
VOLUME 20		
106)	<i>Singh v. Canada</i> , 985 CarswellNat 152 (SCC)	4847
107)	<i>Slaight Communications Inc. v. Davidson</i> , 1989 CarswellNat 695 (SCC)	4940

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
108A)	<i>Southam Inc. v. Canada</i> , 1983 ABCA 32 , affirmed, 1984 CarswellAlta 121 (SCC) [<i>sub nom.</i> , <i>Hunter v. Southam Inc.</i>]	4974
108B)	<i>Canada (Director of Investigation & Research, Combines Investigation Branch) v. Southam Inc.</i> , 1984 CarswellAlta 121 (SCC)	4991
109)	<i>United States Steel Corporation v. Canada</i> , 2011 FCA 176	5017

2020 FCA 103

A-382-17

Leave to appeal refused: 2021 CanLII 15598 (SCC)

3510395 Canada Inc. (Appellant)

v.

The Attorney General of Canada (Respondent)

A-383-17

Please see in particular para. 214

c.

Le procureur général du Canada (intimé)

A-383-17

3510395 Canada Inc. (Appellant)

v.

The Attorney General of Canada (Respondent)

3510395 Canada Inc. (appelante)

c.

Le procureur général du Canada (intimé)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

² Ibid.

³ Ibid.

² Ibid.

³ Ibid.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

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

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

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

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

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

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

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

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

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

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

Held, the appeals should be dismissed.

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

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

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

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

Arrêt : les appels doivent être rejetés.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

STATUTES AND REGULATIONS CITED

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

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

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

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

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

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

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

CASES CITED

APPLIED:

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

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

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

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

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

DISTINGUISHED:

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

CONSIDERED:

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

REFERRED TO:

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

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

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

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

DÉCISIONS EXAMINÉES :

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

DÉCISIONS CITÉES :

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

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

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

AUTHORS CITED

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

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

DOCTRINE CITÉE

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

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

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

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

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

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

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

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

APPEARANCES

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

ONT COMPARU :

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

SOLICITORS OF RECORD

McCarthy Tétrault LLP, Montréal, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

McCarthy Tétrault LLP, Montréal, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

NADON J.A.:

LE JUGE NADON, J.C.A. :

I. Introduction

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

I. Introduction

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

⁹ CASL, *supra* note 1.

⁹ LCAP, *supra*, note 1.

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

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

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

II. Applicable Legislation

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

III. Facts

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

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

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

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

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

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

II. Dispositions applicables

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

III. Faits

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

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

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

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

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

IV. CRTC's Decisions

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

A. Constitutional Decision

(1) *Jurisdiction*

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

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

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

IV. Décisions du CRTC

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

A. Décision sur la constitutionnalité

1) *Compétence*

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

(*Workers' Compensation Board*) v. *Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board)* v. *Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504 in support of its jurisdiction to determine the division of powers and Charter issues respectively. The key requirement to ground a tribunal's jurisdiction over either type of constitutional question is that the tribunal must have the authority to determine questions of law. Subsection 34(1) of CASL grants the CRTC the ability to decide any question of law or fact in any proceeding under the Act. The parties agree that the CRTC had jurisdiction to address both constitutional questions.

(2) *CASL is intra vires Parliament*

[11] The CRTC found that CASL is *intra vires* Parliament after a two-step division of powers analysis, looking first at the Act's pith and substance and secondly at its proper classification under the heads of power enumerated in the Constitution Act.

[12] The CRTC found that the main thrust of the Act "deals with electronic commerce" (Constitutional Decision, at paragraph 43). In reaching this conclusion, the CRTC considered that CASL regulates other online threats besides CEMs. The CRTC determined that the direct effect of CASL is to regulate not just CEMs, but also the alteration of transmission data in electronic messages and the installation of unwanted computer programs in the course of commercial activities. The overall effect of CASL, according to the CRTC, is to implement a scheme to help ensure "the viability of e-commerce throughout Canada" (Constitutional Decision, at paragraph 47).

[13] At the classification stage of its analysis, the CRTC considered the five *indicia* of valid general trade and commerce legislation set out in *General Motors of Canada Ltd.* v. *City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, (1989), 58 D.L.R. (4th) 255 (*General Motors*). The CRTC determined that CASL is a general regulatory scheme under the oversight of a regulatory agency, and that it deals with issues of crucial importance to the national economy. Central to the latter conclusion was the CRTC's finding that electronic threats are not confined to a set or group of participants in

(*Workers' Compensation Board*) c. *Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board)* c. *Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504 pour justifier sa compétence à l'égard des questions relatives au partage des pouvoirs et à la Charte, respectivement. La compétence d'un tribunal administratif à l'égard de l'une ou l'autre de ces questions de nature constitutionnelle est subordonnée principalement à la capacité de ce tribunal de trancher des questions de droit. Le CRTC est habilité, par le paragraphe 34(1) de la Loi, à trancher toute question de droit ou de fait soulevée dans le cadre d'une instance sous le régime de la Loi. Les parties conviennent que le CRTC est habilité à trancher les deux questions constitutionnelles.

2) *La Loi relève de la compétence du Parlement*

[11] Le CRTC a conclu que la Loi relevait de la compétence du Parlement à l'issue d'une analyse en deux volets, dont le premier était axé sur le caractère véritable de la Loi et le second, sur le rangement dans la catégorie de sujets énumérés dans la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[12] Selon le CRTC, l'objet de la Loi « porte sur le commerce électronique » (décision sur la constitutionnalité, au paragraphe 43). Dans l'analyse ayant mené à cette conclusion, le CRTC a tenu compte du fait que la Loi réglemente d'autres menaces électroniques que les MEC. Il a conclu que l'effet direct de la Loi consiste à réglementer, outre les MEC, la modification des données de transmission de messages électroniques et l'installation de programmes d'ordinateur non sollicités dans le cours d'activités commerciales. L'effet global de la Loi, selon le CRTC, consiste à mettre sur pied un régime permettant d'assurer « la viabilité du commerce électronique au Canada » (décision sur la constitutionnalité, au paragraphe 47).

[13] À l'étape de son analyse portant sur le rangement dans une catégorie de sujets, le CRTC a examiné les cinq critères de validité permettant de vérifier qu'une loi relève de la compétence générale de réglementation du trafic et du commerce énoncés dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd.* c. *City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, 1989 CanLII 133 (*General Motors*). Le CRTC a conclu que la Loi constitue un régime général de réglementation faisant l'objet d'une surveillance par un organisme de réglementation et qu'elle porte sur des questions d'une importance

any economic sector or to a specific region in Canada. The CRTC also determined that the provinces would be unable to achieve the scheme's goals for two reasons: first, because the matters regulated have national effects implicating all sectors of Canada's digital economy, and, secondly, because of the provinces' inherent prerogative to resile from any interprovincial scheme. Finally, the CRTC found that the absence of any province from a CASL-like scheme would jeopardize its successful operation.

[14] The CRTC ultimately concluded that CASL's pith and substance falls within Parliament's power over general trade and commerce pursuant to subsection 91(2) of the Constitution Act. The CRTC thus found CASL *intra vires* Parliament.

(3) *CASL Violates Paragraph 2(b) of the Charter, but Is Justified Under Section 1*

[15] The Attorney General conceded that CASL's impugned provisions infringe paragraph 2(b) of the Charter because they prohibit the sending of unsolicited CEMs that convey meaning. The CRTC accepted this concession.

[16] The CRTC conducted a section 1 analysis according to the test set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, (1986), 26 D.L.R. (4th) 200 and modified in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, (1994), 120 D.L.R. (4th) 12.

[17] The CRTC first determined that CASL is a limit prescribed by law. The CRTC held that the definition of CEM, though broad, is not vague as it focuses on electronic messages that encourage participation in a commercial activity, provides a list of examples of targeted conduct and several of its key terms are defined in the Act. The CRTC found that the definition was sufficiently precise to limit enforcement discretion and delineate a zone of risk. The CRTC cited *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney*

cruciale pour l'économie nationale. Cette conclusion était étayée par celle selon laquelle les menaces électroniques ne sont pas limitées à une tranche ou à un groupe de participants d'un secteur en particulier de l'économie ou d'une région du pays. En outre, selon le CRTC, les provinces ne pourraient atteindre les objectifs du régime, et ce pour deux raisons. Premièrement, les questions que vise la réglementation ont des effets de portée nationale sur tous les secteurs de l'économie numérique canadienne. Deuxièmement, les provinces ont le pouvoir inhérent de se soustraire à tout régime interprovincial. Enfin, le CRTC a conclu que l'absence de toute province d'un régime comme celui que constitue la Loi en compromettrait l'application.

[14] Le CRTC a déterminé que le caractère véritable de la Loi tombe sous le coup du paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui attribue au Parlement le pouvoir général en matière de trafic et de commerce. Par conséquent, le CRTC a conclu que la Loi relève de la compétence du Parlement.

3) *La Loi enfreint l'alinéa 2b) de la Charte, mais l'atteinte est justifiée au regard de l'article premier*

[15] Le procureur général convient que les dispositions contestées de la Loi enfreignent l'alinéa 2b) de la Charte parce qu'elles interdisent l'envoi de MEC non sollicités qui transmettent un message. Le CRTC a accepté cette concession.

[16] Le CRTC a procédé à l'analyse fondée sur l'article premier décrite dans le critère énoncé à l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 1986 CanLII 46 et modifié par l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 1994 CanLII 39.

[17] Premièrement, le CRTC était d'avis que la Loi était une règle de droit. Selon le CRTC, la définition d'un MEC, si elle est de large portée, n'est pas vague, car elle vise les messages électroniques qui incitent la participation à une activité commerciale, fournit des exemples d'activités interdites et comporte plusieurs termes définis dans la Loi. Il estimait que la définition était suffisamment précise pour limiter le pouvoir discrétionnaire relatif à son application et pour circonscrire une zone de risque. Il a

General), [1989] 1 S.C.R. 927, (1989), 58 D.L.R. (4th) 577 for the proposition that certainty is not the applicable standard: “[a]bsolute precision in the law exists rarely, if at all. The question is whether the legislature has provided an intelligible standard according to which the judiciary must do its work” (Constitutional Decision, at paragraph 90). The CRTC answered this question in the affirmative.

[18] The CRTC next determined that CASL’s objective is sufficiently important to warrant limiting a Charter right. The CRTC located CASL’s objective in the Act’s title: “to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy by regulating certain activities that discourage reliance on electronic means of carrying out commercial activities.” The CRTC found this objective to be pressing and substantial based on evidence of the negative impacts that unsolicited commercial electronic messages (spam) and related electronic threats can have on e-commerce in Canada.

[19] At the first stage of the three-pronged proportionality analysis the CRTC found that CASL’s limits on free expression are rationally connected to its objectives. The CRTC considered it logical and reasonable to conclude that a prohibition against unsolicited CEMs would reduce spam and therefore spam’s adverse effects on Canadian businesses and consumers. The CRTC also noted that, based on the record, CASL appears to be having its intended effect.

[20] The CRTC next determined that CASL passes the minimal impairment test. The CRTC found the Act sufficiently tailored to impair Charter rights no more than necessary. Although less restrictive alternatives exist, the CRTC considered that these would not be equally effective at achieving the government’s objective of preventing the negative effects associated with spam. According to the CRTC, CASL’s various exceptions and exclusions substantially lessen its deleterious effects on paragraph 2(b) and bring it within a range of reasonable alternatives as per *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, (1995), 127 D.L.R. (4th) 1.

invoqué l’arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 1989 CanLII 87, à l’appui de la thèse selon laquelle la norme applicable n’est pas celle de la certitude : « [e]n droit, la précision absolue est rare, voire inexistante. La question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions » (décision sur la constitutionnalité, au paragraphe 90). Le CRTC a répondu à cette question par l’affirmative.

[18] Ensuite, le CRTC a conclu que l’objet de la Loi était suffisamment important pour justifier une restriction à un droit protégé par la Charte. Le CRTC a inféré du titre de la Loi l’objet de cette dernière : « Loi visant à promouvoir l’efficacité et la capacité d’adaptation de l’économie canadienne par la réglementation de certaines pratiques qui découragent l’exercice des activités commerciales par voie électronique ». Le CRTC a déterminé, à la lumière d’éléments de preuve sur l’effet négatif des MEC non sollicités (pourriels) et des menaces électroniques connexes sur le commerce électronique au Canada, que cet objet était réel et urgent.

[19] Au premier des trois volets de l’analyse de la proportionnalité, le CRTC a conclu au lien rationnel entre les restrictions à la liberté d’expression imposées par la Loi et l’objet de cette dernière. Il était à son avis logique et raisonnable de conclure que l’interdiction de MEC non sollicités aurait pour effet de réduire la quantité de pourriels et, par conséquent, les effets négatifs de ces derniers sur les entreprises et les consommateurs canadiens. Le CRTC a également indiqué que la Loi, à la lumière du dossier, semblait avoir l’effet attendu.

[20] Ensuite, le CRTC a jugé que la Loi satisfaisait au critère de l’atteinte minimale. Selon lui, la Loi ne portait pas atteinte aux droits garantis par la Charte plus que nécessaire. S’il existait des moyens moins restrictifs d’atteindre l’objectif, le CRTC estimait que ceux-ci ne permettraient pas autant d’atteindre l’objectif du gouvernement visant à empêcher les effets négatifs des pourriels. De l’avis du CRTC, les diverses exceptions et exclusions prévues à la Loi réduisent matériellement l’atteinte au droit garanti par l’alinéa 2(b) et font en sorte que la mesure appartient aux solutions de rechange raisonnables envisagées dans l’arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, 1995 CanLII 64.

[21] Finally, the CRTC found CASL's benefits proportional to its deleterious effects on free expression. The CRTC first noted that CASL's infringement relates specifically to commercial expression. The CRTC cited *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, (1990), 114 A.R. 81, [1991] 2 W.W.R. 1 (*Keegstra*) for the proposition that this type of expression lies outside the core values protected by paragraph 2(b). The CRTC then considered that the record shows that CASL's negative effects include causing some businesses to adjust, curtail or even terminate their e-mail marketing practices, and creating a perception among some Canadian businesses that they can no longer compete with their American counterparts. However, the CRTC considered that the evidence also shows no material lessening of the effectiveness of electronic marketing and, at the same time, a 37 percent drop in spam originating from Canada. The CRTC furthermore observed that, while CASL does infringe freedom of expression, the targeted conduct is still permitted so long as the sender obtains recipient consent, identifies itself and includes an unsubscribe mechanism. Thus, CASL is far from a total ban on commercial speech in general or CEMs in particular.

[22] The CRTC found that the Attorney General had met its burden of showing that the deleterious effects of CASL's limits on free expression do not outweigh the limitations' benefits to the greater public good, which include increasing confidence in e-commerce and thereby benefitting the economy as a whole.

[23] The CRTC concluded that CASL's violation of freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter is justified under section 1.

(4) *Impugned Provisions Do Not Trigger Section 11 of the Charter*

[24] The CRTC held that the impugned provisions of CASL do not create an offence for the purposes of section 11 of the Charter. The CRTC applied the two-part test from *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3 (*Guindon*) for determining whether a statutory infraction constitutes an offence within the meaning of section 11. First, the CRTC examined the objectives of the legislation

[21] Enfin, selon le CRTC, les avantages de la Loi sont proportionnels à ses effets négatifs sur la liberté d'expression. En premier lieu, le CRTC fait remarquer que la Loi porte atteinte seulement à l'expression commerciale. Invoquant l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 1990 CanLII 24 (*Keegstra*), il affirme que ce type d'expression se situe à l'extérieur du champ des valeurs fondamentales au cœur de l'alinéa 2b). En second lieu, le CRTC estime, à la lumière du dossier, que la Loi a notamment comme effet négatif d'obliger des entreprises à modifier, à réduire ou à cesser leurs pratiques de marketing par courriel et de mener certaines entreprises canadiennes à croire qu'elles ne peuvent pas se mesurer à leurs concurrentes américaines. Toutefois, selon le CRTC, le dossier révèle également l'absence d'incidence véritable sur l'efficacité du marketing électronique et une diminution simultanée de 37 p. 100 des pourriels issus du Canada. Il fait aussi observer que, si la Loi porte atteinte à la liberté d'expression, l'activité qu'elle vise est toujours permise, dans la mesure où l'expéditeur obtient le consentement du destinataire, s'identifie et fournit un mécanisme d'exclusion. Partant, la Loi est loin de prévoir une interdiction totale de l'expression commerciale en générale ou des MEC en particulier.

[22] Le CRTC est d'avis que le procureur général s'est acquitté de l'obligation qui lui incombait de démontrer que les effets négatifs de la Loi sur la liberté d'expression ne l'emportent pas sur les avantages pour l'intérêt public général, notamment une confiance accrue à l'égard du commerce électronique, qui profite à l'économie dans son ensemble.

[23] Selon le CRTC, l'atteinte portée à la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la Charte est justifiée au regard de l'article premier.

4) *Les dispositions contestées ne font pas jouer l'article 11 de la Charte*

[24] Le CRTC estime que les dispositions contestées de la Loi n'ont pas pour effet de créer une infraction pour l'application de l'article 11 de la Charte. Il applique pour ce faire le critère en deux volets énoncé dans l'arrêt *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3 (*Guindon*), servant à décider si une violation constitue une infraction criminelle au sens où il faut l'entendre pour

and the process leading to the imposition of the sanction and concluded that the proceedings were not criminal in nature. According to the CRTC, the objectives of the proceedings, considered in their full legislative context, have a regulatory purpose namely deterring spam and other electronic threats. The purpose of the proceedings, in the CRTC's view, amounts to regulating a limited sphere of activity. The CRTC also found that the process leading to a sanction does not bear any of the hallmarks of a criminal proceeding. For instance, CASL does not use language typically associated with the criminal process, such as "guilt", "acquittal", "indictment", "summary conviction", "prosecution", or "accused", but instead uses terms such as "balance of probabilities", "due diligence", "penalty", "undertaking", and "representations". Neither do proceedings under CASL involve arrest, the laying of charges, a summons to a criminal court nor the possibility of a criminal record. Finally, section 30 of CASL explicitly states that a violation of the Act is not an offence and that section 126 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 does not apply.

[25] Turning to the second prong of the *Guindon* test, the CRTC found that CASL does not prescribe a true penal consequence. The CRTC considered that, though the maximum quantum possible for an AMP under CASL is high, the jurisprudence has avoided placing an arbitrary upper limit on AMPs. Furthermore, the maximum need not be applied except where truly warranted. The CRTC pointed to case law where it was found that AMPs of similar magnitudes to those under CASL did not trigger section 11. The CRTC also observed that the quantum of an AMP under CASL is determined according to the factors set out in subsection 20(3), which, according to the CRTC, reflect regulatory considerations rather than principles of criminal sentencing. The CRTC further found that no stigma attaches to the imposition of an AMP under CASL. Finally, although AMPs are paid into the Consolidated Revenue Fund, which could suggest a true penal consequence, the CRTC found that this factor alone was not dispositive.

l'application de l'article 11. En premier lieu, le CRTC examine les objets de la loi et la procédure ayant mené à la sanction et arrive à la conclusion que la mesure n'est pas de nature criminelle. Suivant le CRTC, les objets de cette dernière, examinés à la lumière du régime légal dans son ensemble, sont de nature administrative; elle vise à décourager les pourriels et les autres menaces électroniques. De l'avis du CRTC, la mesure a pour objet la réglementation d'un secteur d'activité limité. Le CRTC conclut également que la procédure ayant mené à l'imposition d'une sanction ne comporte aucune des caractéristiques d'une instance de nature criminelle. Par exemple, le libellé de la Loi ne comporte pas les termes qu'on associe généralement à la procédure criminelle, tels que « culpabilité », « acquittement », « mise en accusation », « déclaration de culpabilité par procédure sommaire », « poursuite », « inculpé » ou « accusé ». Or, il comporte des termes comme « prépondérance des probabilités », « précautions », « sanction », « engagement » et « observations ». Les instances intentées sous le régime de la Loi ne prévoient pas non plus d'arrestation, de mise en accusation, de citation à comparaître devant une cour de juridiction criminelle ni de risque de casier judiciaire. Enfin, l'article 30 de la Loi dispose expressément qu'une violation de la Loi ne constitue pas une infraction et que l'article 126 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, ne s'applique pas.

[25] Au second volet du critère énoncé dans l'arrêt *Guindon*, le CRTC conclut que la Loi ne prévoit pas de véritable conséquence pénale. Selon le CRTC, même si le montant maximal d'une SAP peut être élevé, la jurisprudence a empêché qu'il soit arbitraire. En outre, la limite supérieure ne s'applique pas, sauf dans les cas où elle est véritablement justifiée. Le CRTC invoque une jurisprudence selon laquelle des SAP d'une fourchette équivalente à celle prévue dans la Loi ne font pas jouer l'article 11. Il fait également observer que le montant de la SAP infligée sous le régime de la Loi dépend des facteurs prévus au paragraphe 20(3) qui, selon le CRTC, présentent des considérations administratives, et non pas des principes de détermination de la peine. Le CRTC conclut en outre à l'absence de stigmatisation découlant de l'imposition d'une SAP sous le régime de la Loi. Enfin, même si les SAP sont versées au Trésor, ce qui est susceptible de révéler une véritable conséquence pénale, le CRTC est d'avis que ce seul facteur n'est pas déterminant.

(5) *CASL Does Not Violate Sections 7 and 8 of the Charter*

[26] The CRTC found that, because CASL does not create an offence for the purposes of section 11 of the Charter, the rights provided by sections 7 and 8 to individuals subject to penal proceedings also do not apply. The CRTC therefore held that CASL does not violate sections 7 and 8 of the Charter.

B. Notice of Violation Decision

[27] In the second of its two decisions, the CRTC applied CASL to the facts set out in the NOV issued to the appellant and concluded that the appellant did, in fact, violate the Act. The CRTC considered 317 electronic messages sent by the appellant to various recipients between July and September 2014. These messages formed the basis of three alleged violations of paragraph 6(1)(a) of CASL for sending CEMs without the consent of recipients and one alleged violation of paragraph 6(2)(c) for sending CEMs without a functioning unsubscribe mechanism. The CRTC ultimately concluded that the appellant had committed all four violations.

(1) *Preliminary Issues*

(a) Effect of Appellant's Bankruptcy Proceedings

[28] The CRTC found that its review of the NOV was unaffected by the appellant having filed a notice of intention to make a proposal under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3 (the Bankruptcy Act) on August 9, 2016. The appellant listed the CRTC as an unsecured creditor on November 28, 2016.

(b) The Appellant Did Not Suffer Prejudice During or After the Investigation

[29] The CRTC rejected the appellant's claim that it suffered prejudice at the investigation stage because it was not asked whether any exemptions applied to its circumstances. The CRTC also rejected the appellant's argument that the investigation report supporting the NOV failed to properly consider whether any exemptions applied. The

5) *La Loi n'enfreint pas les articles 7 et 8 de la Charte*

[26] Le CRTC est d'avis que, comme la Loi ne crée pas d'infraction au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'article 11 de la Charte, les droits garantis aux articles 7 et 8 de ce même texte aux personnes inculpées ne s'appliquent pas. Le CRTC conclut donc que la Loi n'enfreint pas les articles 7 et 8 de la Charte.

B. Décision sur le procès-verbal de violation

[27] Dans la seconde décision, le CRTC applique la Loi aux faits consignés dans le procès-verbal de violation délivré à l'appelante et conclut à une violation de la Loi. Le CRTC examine 317 messages électroniques envoyés par l'appelante à divers destinataires entre juillet et septembre 2014. Ces messages constituent le fondement de trois violations reprochées de l'alinéa 6(1)a) de la Loi, à savoir l'envoi de MEC sans le consentement des destinataires, et une violation reprochée de l'alinéa 6(2)c), à savoir l'envoi de MEC qui ne comportent pas de mécanismes d'exclusion. Le CRTC finit par conclure que l'appelante a commis les quatre violations.

1) *Questions préliminaires*

a) Effet de la faillite de l'appelante

[28] Le CRTC estime que son examen de la décision sur le procès-verbal de violation n'est en rien modifié par le fait que l'appelante a présenté un avis de son intention de faire une proposition en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3 (la Loi sur la faillite), le 9 août 2016. L'appelante a indiqué le CRTC parmi ses créanciers non garantis le 28 novembre 2016.

b) L'appelante n'a pas subi de préjudice pendant ou après l'enquête

[29] Le CRTC rejette la prétention de l'appelante selon laquelle elle a subi un préjudice à l'étape de l'enquête, car on ne lui a pas demandé si des exemptions s'appliquaient dans son cas. Il rejette également l'argument de l'appelante voulant que le rapport d'enquête étayant le procès-verbal de violation faisait fi de la possibilité

CRTC recalled that the appellant was informed that it was free to submit information regarding potentially applicable exemptions during the production stage of the investigation. The appellant was given another opportunity when making representations to the CRTC. The appellant took advantage of the latter opportunity and the CRTC considered its submissions on exemptions in its decisions. The CRTC therefore determined that the appellant was not prejudiced during the investigation or afterward.

(c) Evidence Supporting the Investigation Report

[30] The CRTC reduced the number of CEMs under consideration from the 451 identified in the investigation report to 317 based on, *inter alia*, evidentiary deficiencies in the investigation report and the fact that some CEMs appeared to fall outside the relevant time period set out in the NOV.

(2) *Violations of CASL*

[31] To decide whether the appellant committed the alleged violations, the CRTC first determined that none of CASL's exclusions applied to exempt the appellant's CEMs from the consent and content requirements set out in section 6. The CRTC then found that providing a non-functioning link in addition to a functioning link in a CEM violated CASL's requirements regarding unsubscribe mechanisms. Finally, the CRTC held that the appellant could not rely on the defense of due diligence.

(a) CEMs Did Not Qualify for Business-to-Business Exemption

[32] The CRTC held that the appellant failed to establish that the "business-to-business" exemption applied to any CEMs under consideration. Subparagraph 3(a)(ii) of the *Electronic Commerce Protection Regulations* SOR/2013-221 (Governor in Council Regulations) provides that section 6 of CASL does not apply to CEMs sent between members of organizations where those organizations have a relationship and the messages relate to the activities of the recipient organization. The CRTC found that

d'exemptions applicables. Il rappelle que l'appelante avait été informée qu'il lui était loisible de fournir des renseignements sur des exemptions applicables à l'étape de production de l'enquête et à nouveau au moment de présenter ses observations au CRTC. Elle a saisi cette dernière occasion, et le CRTC a examiné ses prétentions au sujet des exemptions dans ses décisions. Le CRTC est arrivé à la conclusion que l'appelante n'avait subi aucun préjudice au cours de l'enquête ou après.

c) Preuve étayant le rapport d'enquête

[30] Le CRTC a examiné 317 des 451 MEC visés dans le rapport d'enquête, en partie en raison de lacunes dans ce dernier et en partie parce que certains MEC semblaient ne pas dater de la période définie dans le procès-verbal de violation.

2) *Violations de la Loi*

[31] Avant de décider si l'appelante avait commis les violations qu'on lui reproche, le CRTC a d'abord examiné les exclusions prévues dans la Loi et a conclu qu'aucune ne s'appliquait pour soustraire l'appelante aux exigences quant au consentement et au contenu énoncées à l'article 6. Le CRTC a ensuite conclu que l'ajout d'un lien non fonctionnel en plus d'un lien fonctionnel dans un MEC ne permettait pas de satisfaire à l'exigence relative au mécanisme d'exclusion de la Loi. Enfin, le CRTC a conclu que l'appelante ne pouvait invoquer comme moyen de défense qu'elles avaient pris toutes les précautions voulues.

a) L'exception pour les communications inter-entreprises ne n'applique pas aux MEC

[32] Le CRTC a conclu que l'appelante n'avait pas démontré que l'exception pour les communications interentreprises s'appliquait aux MEC visés. Le sous-alinéa 3a)(ii) du *Règlement sur la protection du commerce électronique*, DORS/2013-221 (le Règlement) dispose que l'article 6 de la Loi ne s'applique pas aux MEC transmis par le personnel d'une organisation à celui d'une autre organisation si les organisations entretiennent des rapports et que le message concerne les activités de l'organisation qui en est le

the appellant's evidence that an organization had paid the appellant for a training course on behalf of one of its employees did not, on its own, establish a relationship that would allow the appellant to directly solicit every other employee in that organization. At most, such a transaction might be evidence of a business relationship between the appellant and the single employee for the purposes of implied consent pursuant to paragraph 10(9)(a) of CASL.

[33] The CRTC indicated that evidence of a relationship for the purposes of the business-to-business exemption might include evidence that the member of an organization with whom the appellant had dealings had the authority and intent to create such a relationship on behalf of the organization. The CRTC also indicated that a history of correspondence with an organization could, depending on its contents, support the existence of such a relationship. However, in the CRTC's view, the appellant failed to provide sufficient evidence of relationships with any of the organizations to which the appellant had sent CEMs.

(b) Non-functioning Unsubscribe Mechanisms

[34] The investigation into the appellant's activities revealed that 87 CEMs contained a non-functioning unsubscribe link, contrary to paragraph 6(2)(c) of CASL. More specifically, these CEMs contained two unsubscribe links: one that appeared to function properly and one that produced an error message when accessed.

[35] The CRTC found that the non-functioning links created confusion and frustration among recipients and made some believe that they were unable to unsubscribe. According to the CRTC, the 87 CEMs failed to meet the standards set out in subsections 3(1) and 3(2) of the *Electronic Commerce Protection Regulations (CRTC)*, SOR/2012-36 (the CRTC Regulations), which respectively require that unsubscribe mechanisms be "set out clearly and prominently" and "must be able to be readily performed." The CRTC therefore found that these CEMs violated paragraph 6(2)(c) of CASL, which requires that unsubscribe mechanisms "conform[] to the prescribed requirements" just mentioned.

destinataire. Selon le CRTC, la preuve de l'appelante selon laquelle une organisation avait payé l'appelante pour une formation pour le compte d'un employé ne démontre pas, à elle seule, l'existence de rapports qui permettraient à l'appelante de faire du démarchage directement auprès des autres employés de l'organisation. Tout au plus, une telle transaction démontre des rapports commerciaux entre l'appelante et un seul employé, pour l'application de l'alinéa 10(9)a) de la Loi, qui porte sur le consentement tacite.

[33] Selon le CRTC, la preuve de rapports, pour l'application de l'exception pour les communications interentreprises, pourrait comprendre la preuve qu'un membre d'une organisation avec qui l'appelante avait communiqué avait le pouvoir et l'intention de créer de tels rapports pour le compte de l'organisation. Le CRTC a également indiqué que l'historique de la correspondance avec une organisation pourrait, selon sa nature, permettre de démontrer l'existence de tels rapports. Toutefois, de l'avis du CRTC, l'appelante n'avait pas produit assez d'éléments démontrant l'existence de rapports avec les organisations auxquelles elle avait envoyé les MEC.

b) Le mécanisme d'exclusion non fonctionnel

[34] L'enquête portant sur les activités de l'appelante a révélé 87 MEC comportant un mécanisme d'exclusion non fonctionnel, ce qu'interdit l'alinéa 6(2)c) de la Loi. Précisément, ces MEC comportent deux hyperliens, soit un qui semble fonctionner et un autre qui génère un message d'erreur.

[35] Selon le CRTC, les hyperliens non fonctionnels créaient de la confusion et de la frustration chez les destinataires et portaient certains à croire qu'ils ne pouvaient se soustraire à l'envoi de ces messages. Ainsi, les 87 MEC ne répondaient pas aux normes établies dans les paragraphes 3(1) et 3(2) du *Règlement sur la protection du commerce électronique (CRTC)*, DORS/2012-36 (le Règlement du CRTC), qui exigent, dans le cas du premier, que les mécanismes d'exclusion soient « énoncés en termes clairs et facilement lisibles » et, dans le cas du second, qu'ils doivent « pouvoir s'exécuter facilement ». Le CRTC a donc conclu que ces MEC enfreignaient l'alinéa 6(2)c) de la Loi, qui exige que les mécanismes d'exclusion respectent « les exigences réglementaires » mentionnées plus haut.

(c) Implied Consent from Conspicuous Publication
Not Established

[36] The CRTC rejected the appellant's argument that 132 of the 317 messages under review were sent with the implied consent of recipients due to the conspicuous publication of the recipients' email addresses. Paragraph 10(9)(b) of CASL states that consent is implied for the purposes of section 6 of the Act where the recipient "has conspicuously published, or has caused to be conspicuously published, the electronic address to which the message is sent, the publication is not accompanied by a statement that the person does not wish to receive unsolicited commercial electronic messages at the electronic address and the message is relevant to the person's business, role, functions, or duties in a business or official capacity".

[37] The CRTC found that much of the evidence relied on by the appellant did not demonstrate that recipients had conspicuously published their electronic addresses within the meaning of paragraph 10(9)(b). The appellant obtained some addresses from third-party directory websites that gave no indication that listings were user-submitted. The appellant took other addresses from online directories comprised of user-submitted information, but which contained disclaimers stating that unsolicited CEMs were not to be sent to the listed addresses. In other cases, the CRTC found that the appellant merely assumed or speculated what the recipient organization or individual's role, functions or duties might be, without supporting evidence. In none of these situations, in the CRTC's view, were the requirements of the conspicuous publication exemption in paragraph 10(9)(b) of CASL met.

(d) Due Diligence Defence Not Applicable

[38] The CRTC rejected the appellant's alternative argument that, if it had violated CASL, it should not be found liable because it had exercised due diligence to prevent the violations. Steps taken by the appellant included hiring new employees expressly to obtain recipients' consent to receive CEMs; contacting the CRTC for guidance on the

c) Le consentement tacite découlant de la publication bien en vue n'est pas démontré

[36] Le CRTC a rejeté l'argument de l'appelante selon lequel 132 des 317 messages visés avaient été transmis avec le consentement tacite des destinataires, leur adresse électronique étant publiée bien en vue. Aux termes de l'alinéa 10(9)b) de la Loi, le consentement est tacite, pour l'application de l'article 6 de la Loi, lorsque le destinataire « a publié bien en vue, ou a ainsi fait publier, l'adresse électronique à laquelle il a été envoyé, la publication ne comporte aucune mention précisant qu'elle ne veut recevoir aucun message électronique commercial non sollicité à cette adresse et le message a un lien soit avec l'exercice des attributions de la personne, soit avec son entreprise commerciale ou les fonctions qu'elle exerce au sein d'une telle entreprise ».

[37] Le CRTC était d'avis que la plupart des éléments de preuve avancés par l'appelante ne démontrait pas que les destinataires avaient publié bien en vue leur adresse électronique, au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'alinéa 10(9)b). L'appelante avait trouvé certaines des adresses dans les répertoires en ligne de tiers qui ne précisaient pas si le contenu avait été fourni par les utilisateurs. Elle avait trouvé d'autres adresses dans des répertoires en ligne où les renseignements avaient été fournis par les utilisateurs, mais qui comportaient des mentions interdisant l'envoi de MEC aux adresses colligées. Dans d'autres cas, l'appelante aurait, selon le CRTC, simplement conjecturé, sans preuve, le rôle, les fonctions ou les attributions de l'organisation ou de la personne à qui les MEC avaient été envoyés. De l'avis du CRTC, aucune de ces situations ne permettait de satisfaire à l'exception de la publication bien en vue prévue à l'alinéa 10(9)b) de la Loi.

d) Le moyen de défense des précautions voulues n'est pas opposable

[38] Le CRTC a rejeté l'argument subsidiaire de l'appelante selon lequel elle ne devrait pas être tenue responsable d'éventuelles violations, car elle avait pris toutes les précautions voulues pour les prévenir. Elle avait notamment engagé des employés chargés d'obtenir le consentement des destinataires à l'envoi des MEC, elle avait

business-to-business exemption; achieving nearly perfect compliance with unsubscribe mechanisms; and hiring a consulting firm to develop a compliance program.

[39] The CRTC found some of these measures irrelevant to a due diligence defence because they were taken after the alleged violations. Other measures, in the CRTC's view, demonstrated the appellant's awareness of CASL's requirements, but it was not clear that the measures had, or could have had, any impact on avoiding the violations at issue. The CRTC also found some of the appellant's claims unpersuasive, such as the claim to a nearly perfect compliance rate with unsubscribe mechanisms—the appellant was sending CEMs with non-functioning links so it is impossible to know how many unsubscribe requests never reached the appellant. The CRTC concluded that the appellant had taken some steps in preparation for the coming into force of CASL, but failed to show it had taken all reasonable steps during the relevant period to avoid the violations at issue. The CRTC therefore rejected the appellant's due diligence defence.

(3) *Conclusions on Appellant's Violations*

[40] The CRTC found that the appellant sent 317 CEMs to recipients without their prior consent contrary to paragraph 6(1)(a) of CASL. The CRTC determined that the business-to-business exemption in subparagraph 3(a)(ii) of the Governor in Council Regulations did not apply to these CEMs and that none of the recipients had conspicuously published their electronic addresses within the meaning of paragraph 10(9)(b) of CASL. The CRTC also held that 87 of the 317 messages contravened paragraph 6(2)(c) of CASL by containing a non-functioning unsubscribe mechanism. The CRTC held that the appellant could not rely on the defense of due diligence to excuse these violations. The CRTC therefore concluded that, on a balance of probabilities, the appellant had committed three violations

communiqué avec le CRTC pour obtenir des directives sur l'exception pour les communications interentreprises, elle avait respecté presque à la perfection les exigences quant au mécanisme d'exclusion et elle a retenu les services d'un cabinet de consultation chargé de monter un programme de conformité.

[39] Selon le CRTC, certaines de ces mesures ne fondaient pas le moyen de défense des précautions voulues, car elles avaient été prises après les violations reprochées. D'autres mesures démontraient que l'appelante connaissait les exigences prévues dans la Loi, mais il n'est pas évident qu'elles avaient permis ou auraient pu permettre de prévenir les violations en question. En outre, le CRTC n'était pas convaincu par certaines des prétentions de l'appelante, comme celle à propos de la quasi-perfection quant à la conformité à l'exigence relative au mécanisme d'exclusion; comme l'appelante a transmis des MEC dépourvus de liens fonctionnels, il est impossible de savoir combien de requêtes d'exclusion ne sont jamais arrivées à destination. Le CRTC a conclu que l'appelante avait pris des mesures pour se préparer en vue de l'entrée en vigueur de la Loi, mais n'avait pas démontré qu'elle avait pris toutes les mesures raisonnables au cours de la période visée pour prévenir les violations qu'on lui reproche. Le CRTC a donc rejeté le moyen de défense des précautions voulues opposé par l'appelante.

3) *Conclusions à propos des violations reprochées à l'appelante*

[40] Selon le CRTC, l'appelante a envoyé 317 MEC à des destinataires sans obtenir leur consentement, ce qui constitue une violation de l'alinéa 6(1)a) de la Loi. Le CRTC était d'avis que l'exception pour les communications interentreprises prévue au sous-alinéa 3a)(ii) du Règlement ne s'appliquait pas à ces MEC et qu'aucun des destinataires n'avait publié bien en vue son adresse électronique, au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'alinéa 10(9)b) de la Loi. Le CRTC a également conclu que 87 des 317 messages contrevenaient à l'alinéa 6(2)c) de la Loi, car ils comportaient un mécanisme d'exclusion non fonctionnel. En outre, le CRTC était d'avis que l'appelante ne pouvait opposer aux violations reprochées le moyen de défense des précautions voulues.

of paragraph 6(1)(a) of CASL and one violation of paragraph 6(2)(c) of CASL, as set out in the NOV.

(4) *CRTC Reduced AMP from \$1 100 000 to \$200 000*

[41] The CRTC concluded that the appropriate amount for an AMP in this case is \$200 000 rather than the \$1 100 000 set out in the NOV. To reach this conclusion, the CRTC compared the appellant's conduct against the factors in subsection 20(3) of CASL for determining the amount of an AMP.

[42] The appellant had no history of violations or undertakings under CASL or associated acts. Neither had it obtained any financial benefit from committing the violations. However, there was no indication that the appellant had compensated any persons affected by its violations.

[43] The CRTC held that the purpose of CASL's AMP regime is to achieve compliance through deterrence. However, in the CRTC's view, the \$1 100 000 AMP proposed in the NOV overemphasized general deterrence and was out of proportion to the amount necessary to promote the appellant's compliance specifically. The CRTC considered that a lower amount would be appropriate.

[44] The CRTC found that the nature and scope of the appellant's violations also suggested a lower penalty was appropriate. The CRTC acknowledged that the harm caused by the appellant's messages was not the worst type of harm that unsolicited CEMs can cause. However, the messages were generally disruptive and unwelcome, and the frustration they caused was compounded by recipients' inability to unsubscribe due to non-functioning links. The CRTC also noted that it had already circumscribed the range of messages under consideration from 451 to 317. In the CRTC's view, the appellant's conduct still warranted a penalty, albeit in a lesser amount than suggested in the NOV.

Par conséquent, le CRTC a conclu, selon la prépondérance des probabilités, à trois violations de l'alinéa 6(1)a) de la Loi et à une violation de l'alinéa 6(2)c), comme il était énoncé dans le procès-verbal de violation.

4) *Réduction de la SAP par le CRTC – de 1 100 000 \$ à 200 000 \$*

[41] Selon le CRTC, le montant de la SAP qui convenait en l'espèce s'établissait à 200 000 \$, plutôt qu'à 1 100 000 \$, comme il était établi dans le procès-verbal de violation. Pour ce faire, le CRTC a examiné les actes de l'appelante à la lumière des éléments énumérés au paragraphe 20(3) de la Loi, servant à déterminer le montant de la SAP.

[42] L'appelante n'avait pas d'antécédent en matière de violation de la Loi, n'avait pas pris d'engagement sous le régime de cette dernière ou d'autres lois. Elle n'a pas non plus tiré d'avantage financier des violations. Cependant, rien n'indiquait que l'appelante avait dédommagé les personnes touchées par ses violations.

[43] Le CRTC a conclu que le régime de SAP de la Loi avait pour objet d'assurer la conformité par la dissuasion. Toutefois, de l'avis du CRTC, la SAP de 1 100 000 \$ établie dans le procès-verbal de violation était indûment axée sur la dissuasion générale et disproportionnelle à la sanction nécessaire pour favoriser la conformité de l'appelante en particulier. Selon le CRTC, une SAP moindre convenait mieux.

[44] Selon le CRTC, la nature et la portée des violations commises par l'appelante militent également en faveur d'une sanction réduite. Le CRTC a admis que les messages de l'appelante n'avaient pas causé les pires maux que l'on associe à d'autres genres de MEC non sollicités. Or, les messages étaient généralement dérangeants et non sollicités, et la frustration qu'ils ont causée était exacerbée par l'incapacité des destinataires à s'exclure des envois en raison de liens non fonctionnels. Le CRTC a également fait remarquer qu'il avait déjà réduit le nombre de messages examinés; des 451 messages possibles, il n'en a examiné que 317. De l'avis du CRTC, les actes de l'appelante justifiaient toujours une sanction, mais une sanction inférieure à celle qui était prévue dans le procès-verbal de violation.

[45] The CRTC next considered the appellant's ability to pay the proposed penalty, a factor that the CRTC found also favored a reduction from the initial \$1 100 000 AMP. The CRTC placed greater weight on the appellant's annual revenues than its profits as an indicator of the appellant's ability to pay as it considered the latter could be more easily manipulated to appear smaller. The CRTC found that the appellant's claims that the proposed penalty would have drastic impacts on its owners and on the company's continued viability lacked detailed support. In the CRTC's view, there were some indications that the appellant was able to pay the proposed penalty and others that it could not. The CRTC concluded that the appellant had some ability to pay, but the extent of this ability suggested a lower penalty was appropriate.

[46] The CRTC found that the appellant's non-cooperation with the investigation into its activities, as mentioned in the investigation report, should not be a significant factor in calculating the size of the AMP necessary to promote the appellant's compliance. The CRTC was cognizant that procedures under CASL were still very new when the appellant was attempting to navigate the investigation process, and the CRTC did not view the appellant as having attempted to frustrate or forestall the investigation.

[47] The CRTC considered that the appellant's efforts to improve compliance following the investigation into its conduct were positive indicators of self-correction. Although these efforts did not negate the need for a penalty, in the CRTC's view, they supported imposition of a lower penalty than the one set out in the NOV.

[48] The final factor considered by the CRTC was the overall proportionality between the AMP's magnitude and the foregoing factors, as applied to the circumstances of the appellant's case. The CRTC concluded that the \$1 100 000 AMP set out in the NOV was out of proportion to what was required to promote the appellant's compliance and decided to lower the amount to \$200 000.

[49] Despite finding the initial \$1 100 000 AMP disproportionate to both the appellant's violations and the

[45] Ensuite, le CRTC a analysé la capacité de l'appelante de payer la sanction proposée, un élément qui, selon le CRTC, militait également en faveur d'une réduction de la SAP initiale établie à 1 100 000 \$. Il a accordé davantage de poids aux revenus annuels de l'appelante qu'à ses profits, pour déterminer la capacité de payer, estimant que ces derniers pouvaient plus facilement être manipulés pour paraître inférieurs que les premiers. Selon le CRTC, les prétentions de l'appelante quant à l'effet draconien qu'aurait la sanction proposée sur les propriétaires et sur la viabilité à long terme de l'entreprise étaient dépourvues de fondement détaillé. De l'avis du CRTC, suivant certains indicateurs, l'appelante était en mesure d'acquitter la sanction proposée, alors que selon d'autres, elle ne l'était pas. Le CRTC a conclu que l'appelante était en mesure d'acquitter une certaine sanction, mais qu'une sanction réduite était préférable.

[46] Selon le CRTC, le fait que l'appelante n'avait pas collaboré à l'enquête sur ses activités, qui est ressorti du rapport d'enquête, ne devrait pas jouer beaucoup dans le calcul de la SAP nécessaire pour favoriser la conformité de l'appelante. Le CRTC savait que la procédure d'enquête prévue dans la Loi venait d'être mise en place quand l'appelante tentait de s'y retrouver, et l'appelante n'avait pas tenté de miner ou de ralentir l'enquête.

[47] Selon le CRTC, les efforts de l'appelante visant à améliorer sa conformité après l'enquête sur ses actes révélaient une attitude positive d'autocorrection. Si ces efforts ne rendaient pas la sanction inutile, de l'avis du CRTC, ils militaient en faveur d'une sanction réduite.

[48] En dernier lieu, le CRTC a examiné la proportionnalité globale entre le montant considérable de la SAP et les éléments mentionnés plus haut, à la lumière des circonstances de l'appelante. Le CRTC a conclu que la SAP de 1 100 000 \$ établie dans le procès-verbal de violation était disproportionnelle à la sanction nécessaire pour favoriser la conformité de l'appelante et a décidé d'en réduire le montant, l'établissant à 200 000 \$.

[49] Même s'il était d'avis que la SAP initiale de 1 100 000 \$ n'était pas proportionnelle aux violations

amount necessary to promote compliance, the CRTC rejected the appellant's argument that the AMP in this case constituted a true penal consequence and thereby triggered section 11 of the Charter. The CRTC based this conclusion on the same grounds on which it held, in the Constitutional Decision, that CASL, in general, does not prescribe true penal consequences.

[50] The CRTC concluded that the appropriate penalty, in light of all relevant circumstances, was an AMP of \$200 000.

V. Appellant's Submissions

A. Constitutional Decision

(1) *CASL is ultra vires Parliament*

[51] The appellant argues that the CRTC erred in finding CASL *intra vires* Parliament's trade and commerce power. According to the appellant, the CRTC's pith and substance analysis was flawed because it considered CASL as a whole rather than focusing on the specific provisions at issue. The CRTC began its analysis from too broad a starting point, and this error compromised the remainder of its analysis.

[52] The appellant argues that the pith and substance of CASL's "messaging portions"—the provisions at issue—go beyond trade and commerce. These provisions, according to the appellant, capture all messages that might have a minor commercial purpose, regulate purely local messaging and interfere with contractual terms. The pith and substance of CASL's messaging provisions is therefore, in the appellant's view, to regulate unsolicited messages generally. The impugned provisions thus fall squarely within provincial jurisdiction over municipalities, local matters and property and civil rights.

[53] The appellant argues that the impugned provisions cannot come under Parliament's general trade and commerce power merely because certain aspects of CEMs have a national dimension. The appellant points out that

commises par l'appelante et à la sanction nécessaire pour favoriser la conformité, le CRTC a rejeté l'argument de l'appelante selon lequel la SAP en l'espèce constituait une véritable sanction pénale et faisait ainsi jouer l'article 11 de la Charte. Sa conclusion était fondée sur les mêmes motifs que ceux qui fondaient sa conclusion, dans la décision sur la constitutionnalité, selon laquelle la Loi, en général, n'inflige pas de véritable conséquence pénale.

[50] Le CRTC a conclu, compte tenu de l'ensemble de toutes les circonstances pertinentes, qu'une SAP de 200 000 \$ convenait.

V. Observations de l'appelante

A. Décision sur la constitutionnalité

1) *La Loi ne relève pas de la compétence du Parlement*

[51] Selon l'appelante, le CRTC a conclu à tort que la Loi relevait de la compétence du Parlement en matière de trafic et de commerce. L'analyse du caractère véritable à laquelle le CRTC a procédé était lacunaire, car ce dernier a examiné la Loi dans son ensemble, plutôt que les dispositions en litige. Le CRTC a abordé l'analyse d'une perspective trop large, et cette erreur a compromis le reste de l'analyse.

[52] Selon l'appelante, le caractère véritable des dispositions en litige transcende le trafic et le commerce. Ces dispositions, selon l'appelante, visent tous les messages susceptibles de posséder un objet commercial mineur, réglementent des messages de nature purement locale et nuisent à l'acquittement d'obligations contractuelles. Le caractère véritable des dispositions de la Loi sur les messages, selon l'appelante, consiste à réglementer les messages non sollicités en général. Les dispositions en litige relèvent donc de la compétence des provinces sur les institutions municipales, les matières d'une nature locale, la propriété et les droits civils.

[53] L'appelante soutient que les dispositions contestées ne sauraient tomber sous le coup de la compétence générale du Parlement sur le trafic et le commerce seulement parce que certains aspects des MEC ont une portée nationale.

CASL's CEM provisions displace provincial regulation concerning consumer protection, privacy and marketing. The appellant also argues the provinces are capable of adopting laws addressing the concerns targeted by CASL.

(2) *CASL Violates Section 2(b) and Is Not Saved Under Section 1*

[54] The appellant argues that CASL's violation of paragraph 2(b) of the Charter is not saved under section 1.

(a) CASL Too Vague to Constitute "Limit Prescribed by Law"

[55] The appellant argues that CASL's key definitions are too broad and open-ended to delineate a clear zone of risk. CASL's exemptions and regulations also cause confusion and make compliance difficult. The appellant says that, because content accessible via a link can convert a message into a CEM, CASL creates an "unknowable risk". The appellant also contends that CASL creates an unintelligible standard due to the absence of "factors helping the public or courts understand the ambit of risk" (appellant's constitutional memorandum, at paragraph 43). Finally, the appellant argues that the requirement that CEMs contain contact information for any person "on whose behalf" the message is sent is too vague.

(b) Objective of Impugned Provisions Not Pressing and Substantial

[56] The appellant asserts that the objective of the infringing measures is to eliminate unsolicited electronic messages with any arguable commercial element. The appellant says this is not a pressing and substantial objective. The CRTC is said to have erred by locating CASL's objective in the Act's title and its section 3 purpose clause. According to the appellant, the section 1 analysis is only concerned with the objective of the infringing measures, specifically.

Elle fait remarquer que les dispositions sur les MEC de la Loi évincent des règlements provinciaux en matière de protection des consommateurs, de protection des renseignements personnels et de marketing. L'appelante affirme également que les provinces ont le pouvoir de légiférer pour régler les problèmes que vise la Loi.

2) *La Loi enfreint l'alinéa 2b) et n'est pas justifiée au regard de l'article premier*

[54] Selon l'appelante, l'atteinte portée par la Loi à la liberté garantie par l'alinéa 2b) de la Charte n'est pas justifiée au regard de l'article premier.

a) La Loi est trop vague pour constituer une restriction apportée par « une règle de droit »

[55] L'appelante affirme que les principales définitions énoncées dans la Loi sont trop générales et pas assez exhaustives pour circonscrire clairement une zone de risque. Les exceptions et les règlements de la Loi génèrent également de la confusion, ce qui nuit au respect de cette mesure. Selon l'appelante, comme un message peut être converti en MEC s'il est accessible au moyen d'un lien, la Loi crée un [TRADUCTION] « risque impossible à déterminer ». Elle soutient également que la Loi fait intervenir une norme inintelligible, en raison de l'absence d'« éléments susceptibles d'aider le public ou les tribunaux à comprendre l'étendue du risque » (mémoire de l'appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 43). Enfin, l'appelante fait valoir que l'obligation pour le MEC de comporter les coordonnées de la personne « au nom de qui il a été envoyé » est trop vague.

b) L'objet des dispositions contestées n'est pas réel et urgent

[56] L'appelante soutient que les mesures attentatoires ont pour objet d'empêcher l'envoi de messages électroniques non sollicités comportant tout élément un tant soit peu commercial. Elle affirme qu'il ne s'agit pas d'un objet réel et urgent. Le CRTC aurait inféré à tort l'objet des mesures du titre de la Loi et de la disposition énonçant son objet, à savoir l'article 3. Selon l'appelante, l'analyse fondée sur l'article premier concerne seulement l'objet des mesures attentatoires.

[57] The infringing measures do not just guard against the most damaging and deceptive forms of spam, which, the appellant agrees, would constitute a pressing and substantial objective. Rather, the challenged provisions presumptively ban all messages with any arguable commercial content, including a variety of beneficial messages. The appellant argues that the objective of these measures cannot be to protect the economy, since they actually impede e-commerce.

(c) Impugned Provisions Not Rationally Connected to CASL's Objective

[58] The appellant argues that the CRTC erred in considering that a “rational, logical link between the infringing measures and the government’s objectives” was sufficient to pass the rational connection stage. The appellant says that the CRTC overlooked CASL’s many “arbitrary, unfair” and “irrational considerations” that should have caused the Act to founder at the rational connection stage (appellant’s constitutional memorandum, at paragraph 52). The appellant argues that CASL’s prohibition on unsolicited CEMs is overbroad and captures messages that are not detrimental to e-commerce, such as messages that send coupons or rally support for victims of natural disasters. The appellant provides a list of further examples of messages that it says would be captured by CASL’s prohibition and that demonstrate the arbitrary, unfair and irrational nature of the prohibition.

(d) CASL Not Minimally Impairing

[59] The appellant again relies on overbreadth arguments to support its position that CASL should fail the minimal impairment stage. The appellant asserts that the CRTC erred by failing to engage with each specific allegation of CASL’s overreach. The CRTC thus failed to consider whether CASL truly represents the least drastic means of achieving the government’s objectives. The appellant suggests that, instead of having an open-ended definition of “CEM” and a closed set of exemptions, CASL could have employed a closed definition of “CEM” and open-ended exemptions, similar to the approach taken in Australia. CASL also could have adopted

[57] Les mesures attentatoires ne visent pas seulement à prévenir les pourriels sous leurs formes les plus dangereuses et trompeuses. Si c’était le cas, l’appelante convient qu’il s’agirait d’un objet réel et urgent. Au contraire, les dispositions contestées interdisent a priori tous les messages comportant un message un tant soit peu commercial, dont une panoplie de messages avantageux. Selon l’appelante, ces mesures ne sauraient avoir pour objet la protection de l’économie, car elles nuisent en fait au commerce électronique.

(c) Les dispositions contestées sont dépourvues de lien rationnel avec l’objet de la Loi

[58] Selon l’appelante, le CRTC a eu tort de conclure qu’« un lien logique et rationnel entre les mesures attentatoires et les objectifs du gouvernement » suffisait pour qu’il soit satisfait au critère du lien rationnel. Elle estime que le CRTC a fait fi de plusieurs considérations [TRADUCTION] « arbitraires, injustes et irrationnelles » qui auraient dû porter un coup fatal à la Loi à l’étape du lien rationnel (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 52). Suivant l’appelante, l’interdiction applicable à tout MEC non sollicité est trop générale et vise des messages qui ne nuisent pas au commerce électronique, comme les messages assortis de coupons ou qui invitent les destinataires à appuyer les victimes de catastrophes naturelles. Elle fournit d’autres exemples de messages qui, selon elle, tomberaient sous le coup de l’interdiction de la Loi et qui démontrent le caractère arbitraire, injuste et irrationnel de cette interdiction.

(d) La Loi ne porte pas une atteinte minimale

[59] L’appelante invoque également la portée excessive pour plaider que la Loi ne satisfait pas au volet de l’atteinte minimale. Selon elle, le CRTC a fait erreur en n’examinant pas séparément chacune de ses prétentions sur la portée excessive de la Loi. À ses yeux, le CRTC ne s’est pas demandé si la Loi représente véritablement la mesure la moins draconienne permettant d’atteindre les objectifs du gouvernement. Au lieu d’une définition non exhaustive du terme « message électronique commercial » et d’une liste exhaustive d’exceptions, le législateur aurait pu faire le contraire, comme en Australie. Il aurait également pu adopter un régime à option de retrait plutôt qu’un régime

an opt-out rather than an opt-in model for recipient consent. Other suggestions include, *inter alia*, excluding messages between individuals from the definition of CEM, exempting beneficial actors from the prohibition on unsolicited CEMs and excluding linked content from review in determining whether a message is a CEM. The appellant argues that any one of these suggestions represents a less drastic alternative to CASL. The Act is therefore not minimally impairing of paragraph 2(b).

(e) CASL's Deleterious Effects Not Proportionate to Benefits

[60] The appellant argues that the CRTC erred in finding that CEMs fall outside the core of paragraph 2(b) and are therefore less worthy of protection than other forms of expression. The appellant says that the CRTC also erred in failing to consider the many kinds of non-commercial speech negatively impacted by CASL's broad prohibition. The appellant analogizes CASL to Alberta's *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, c. P-6.5, which relied on a similar presumptive ban plus exemptions model and which failed the proportionality stage of the section 1 analysis in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733.

[61] The appellant argues that CASL curbs many forms of beneficial speech, including political and religious speech, charitable and public benefit endeavours and advertising by professionals. Conversely, it is not clear that CASL actually produces any benefits. The Act's severe impact on freedom of expression is therefore not justified.

(3) CASL Violates Sections 11, 7 and 8 of the Charter

[62] The appellant argues that CASL violates the right against self-incrimination in sections 11 and 7 of the Charter as well as the right against unreasonable search and seizure in section 8. The appellant claims that an AMP

à option d'adhésion applicable au consentement du destinataire. Elle suggère également d'exclure les messages interpersonnels du champ de la définition de MEC, de prévoir une exception pour les organismes faisant oeuvre de bienfaisance et d'exclure le contenu accessible par un lien de l'examen visant à déterminer si un message est un MEC. L'appelante soutient que toutes ces suggestions représentent une solution de rechange moins draconienne à la Loi. À son avis, la Loi ne porte donc pas une atteinte minimale aux droits que protège l'alinéa 2b).

e) Les effets délétères de la Loi ne sont pas proportionnels à ses avantages

[60] L'appelante soutient que le CRTC a conclu à tort que les MEC se situent à l'extérieur du champ des valeurs fondamentales au cœur de l'alinéa 2b) et sont moins dignes de protection que d'autres formes d'expression. Elle affirme qu'il a aussi eu tort de faire fi des nombreux types de discours non commerciaux qui sont visés par l'interdiction générale prévue dans la Loi. Elle compare la Loi à la Loi albertaine sur la protection des renseignements personnels (*Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, ch. P-6.5) qui prévoyait une interdiction générale semblable, assortie de régimes d'exclusion. La Cour suprême a jugé que cette loi ne satisfaisait pas au volet de la proportionnalité de l'analyse fondée sur l'article premier dans l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733.

[61] Selon l'appelante, la Loi restreint plusieurs formes de discours de nature positive, comme le discours politique ou religieux, les œuvres caritatives et dédiées au bien public et la publicité par des professionnels. En revanche, il n'est pas évident que la Loi a des effets positifs. Son grave effet sur la liberté d'expression n'est donc pas justifié.

3) La Loi enfreint les articles 11, 7 et 8 de la Charte

[62] Selon l'appelante, la Loi porte atteinte au droit de ne pas témoigner contre soi-même garanti par les articles 7 et 11 de la Charte ainsi qu'au droit d'être protégé contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garanti

under CASL constitutes a “true penal consequence” and therefore triggers section 11 (appellant’s constitutional memorandum, at paragraph 85). The appellant asserts that those subject to CASL proceedings are nevertheless denied various procedural safeguards guaranteed by section 11. The appellant also argues that the statutory powers of compulsion granted to designated persons under CASL violate the protection against self-incrimination provided by section 7 and the right to be free from unreasonable search and seizure under section 8. The appellant states that these violations result when designated persons compel production of documents from individuals and organizations and those documents are subsequently used against the same individuals and organizations in CASL’s enforcement proceedings.

B. Notice of Violation Decision

(1) *Application and Interpretation of the Bankruptcy Act*

[63] The appellant argues that the CRTC erred in finding that the appellant’s proposal to its creditors pursuant to the Bankruptcy Act had no effect on the NOV. The appellant asserts that the liabilities forming the basis of the NOV are unsecured claims that were compromised by the acceptance of the appellant’s proposal by its creditors and the insolvency court. According to the appellant, there was therefore no legal basis for the CRTC to impose an AMP of \$200 000.

[64] The appellant argues that the CRTC failed to consider the proper legal test for determining whether the appellant’s liability created by the NOV is a “claim provable” under the Bankruptcy Act. The appellant argues that the three-part test, set out in *Newfoundland and Labrador v. AbitibiBowater Inc.*, 2012 SCC 67, [2012] 3 S.C.R. 443, is met by the AMP contemplated in the NOV, which constitutes a liability to a creditor (the CRTC), was incurred before the appellant filed its notice of intention, and can be assigned a monetary value. Because its liabilities arising from the NOV were, in fact, provable claims, the appellant argues that it was released from them pursuant

à l’article 8. L’appelante affirme que la SAP prévue à la Loi constitue une [TRADUCTION] « véritable conséquence pénale » et fait donc intervenir l’article 11 (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 85). Elle soutient que les personnes sanctionnées sous le régime de la Loi ne peuvent se prévaloir des diverses protections procédurales garanties par l’article 11. L’appelante affirme également que les pouvoirs de contrainte conférés à certaines personnes par la Loi portent atteinte au droit de ne pas témoigner contre soi-même prévu à l’article 7 et à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives garantie par l’article 8. Selon elle, ces atteintes se produisent lorsque des personnes désignées contraignent des particuliers ou des organisations à produire des documents qui sont ultérieurement utilisés contre ces mêmes particuliers ou organisations dans les instances intentées sous le régime de la Loi.

B. Décision sur le procès-verbal de violation

1) *Application et interprétation de la Loi sur la faillite*

[63] Suivant l’appelante, le CRTC a conclu à tort que la proposition faite par l’appelante à ses créanciers en application de la Loi sur la faillite ne jouait pas sur le procès-verbal de violation. Elle soutient que les obligations énoncées dans le procès-verbal de violation constituent des créances non garanties qui ont été compromises par l’acceptation, par les créanciers et le tribunal appelé à prononcer la faillite, de la proposition faite par l’appelante. Selon elle, le CRTC n’était pas fondé à infliger une SAP de 200 000 \$.

[64] L’appelante affirme que le CRTC a fait fi du critère juridique servant à déterminer si les obligations énoncées dans le procès-verbal de violation constituent des « réclames prouvables » pour l’application de la Loi sur la faillite. Selon l’appelante, le critère à trois volets énoncé dans l’arrêt *Terre-Neuve-et-Labrador c. AbitibiBowater Inc.*, 2012 CSC 67, [2012] 3 R.C.S. 443, est respecté par la SAP énoncée dans le procès-verbal de violation, qui représente une obligation envers un créancier (le CRTC) ayant pris naissance avant que l’appelante ne présente son avis d’intention et à laquelle il est possible d’attribuer une valeur pécuniaire. Selon l’appelante, ses obligations énoncées

to its proposal proceedings under the Bankruptcy Act. The appellant asserts that the CRTC erred in imposing a \$200 000 penalty on the basis of liabilities that had been discharged by its proposal.

[65] Notably, the respondent concedes that the AMP is unenforceable against the appellant outside the insolvency process (respondent's notice of violation memorandum, at paragraphs 22, 24 and 26). Although the enforceability of the AMP is therefore not a contested issue as between the parties, the appellant nevertheless requests that this Court pronounce upon the issue. The appellant points out that the CRTC's decision still states that the appellant's penalty was not compromised by its Bankruptcy Act proposal and that the AMP remains enforceable. The appellant acknowledges that steps could be taken in insolvency court to stay the enforcement of the AMP, and that the respondent has conceded its non-enforceability, but notes that such a concession does not carry the same weight as a judgment of this Court.

(2) *CRTC's Treatment of the Business-to-Business Exemption*

[66] The appellant argues that the CRTC erred in finding that none of the 317 CEMs under review qualified for the business-to-business exemption set out in subparagraph 3(a)(ii) of the Governor in Council Regulations. The appellant asserts that Parliament's intent in providing this exemption was to ensure that regular business communications were not unnecessarily regulated by CASL. The appellant states that, for 168 of the 317 CEMs at issue, it provided evidence that the messages were sent to employees of organizations with which the appellant had either a long history of correspondence or a contractual relationship based on payment for employee training courses. The CRTC erred in holding that such contractual relationships did not constitute relationships for the purposes of the business-to-business exemption.

[67] The appellant claims that the CRTC adopted such a restrictive approach to the exemption as to render it almost ineffectual. The CRTC's interpretation is said to be

dans le procès-verbal de violation constituaient dans les faits des réclamations prouvables. Elle en était donc libérée par suite de la proposition faite sous le régime de la Loi sur la faillite. Elle affirme que le CRTC a fait erreur en lui infligeant une sanction de 200 000 \$ sur le fondement d'obligations dont l'avait libérée la proposition.

[65] Il convient de noter que l'intimé reconnaît l'impossibilité, hors de la procédure d'insolvabilité, d'obliger l'appelante à acquitter la SAP (mémoire de l'intimé sur la question du procès-verbal de violation, aux paragraphes 22, 24 et 26). Même si la question du caractère exécutoire n'est pas en litige, l'appelante demande tout de même à la Cour de se prononcer sur celle-ci. L'appelante fait valoir que le CRTC, dans sa décision, affirme que la sanction infligée à l'appelante n'a pas été compromise par la proposition faite par cette dernière sous le régime de la Loi sur la faillite et que la SAP demeure exigible. L'appelante reconnaît la possibilité que le tribunal qui prononcera la faillite sursoie à l'exécution de la SAP et sait que l'intimé a admis que cette dernière n'était pas exécutoire, mais signale que pareille concession n'équivaut pas à un jugement de notre Cour.

2) *Le traitement par le CRTC de l'exception pour les communications interentreprises*

[66] Selon l'appelante, le CRTC a conclu à tort que l'exception pour les communications interentreprises prévue au sous-alinéa 3a)(ii) du Règlement ne s'appliquait à aucun des 317 MEC. Elle affirme que le législateur, en prévoyant cette exception, entendait empêcher que les communications commerciales normales soient régies par la Loi plus que nécessaire. Elle soutient avoir démontré, pour 168 des 317 MEC en question, que les messages avaient été envoyés aux employés d'organisations avec qui elle communiquait de longue date ou avait des rapports contractuels fondés sur le paiement de cours de perfectionnement professionnel. Le CRTC a commis une erreur en concluant que l'exception pour les communications interentreprises ne s'appliquait pas à de tels rapports.

[67] Selon l'appelante, le CRTC a interprété l'exception de manière si étroite que celle-ci en est devenue presque inefficace. L'interprétation du CRTC serait contraire à

contrary to CASL's purpose as it actually discourages use of electronic means of carrying out commercial activities.

[68] The appellant also argues that the CRTC confused the proper legal test for identifying a "relationship" under the business-to-business exemption with the test for ascertaining an "existing business relationship" for the purposes of implied consent under subsection 10(9) of CASL. The appellant says that, logically, the former term should be given a "significantly broader meaning" than the latter, more "specific" expression" (appellant's notice of violation memorandum, at paragraph 64), particularly as Parliament chose not to define the former term in the legislation.

[69] Further, the appellant argues, the CRTC's interpretation of the relevance requirement for the business-to-business exemption was overly restrictive. The appellant asserts that its CEMs offered training services to help employees of recipient organizations develop their skills. The recipient organizations were legally required to offer their employees training programs "of the sort marketed and offered" by the appellant (appellant's notice of violation memorandum, at paragraph 68). According to the appellant, the exemption does not require that CEMs bear any more specific reference to the activities of recipient organizations.

[70] Finally, the appellant argues that the CRTC invented the requirement that relationships can only be formed with organizations through persons with sufficient authority to bind their organization. The appellant says that such a requirement goes against the text and spirit of the exemption.

(3) *CRTC's Treatment of Implied Consent from Conspicuous Publication*

[71] The appellant contends that the CRTC also erred in its interpretation and application of paragraph 10(9)(b) of CASL, which provides that consent for the receipt of CEMs can be implied where the recipient has conspicuously published its electronic address. The appellant

l'objet de la Loi, car elle décourage en fait l'utilisation de moyens électroniques pour les activités commerciales.

[68] L'appelante prétend également que le CRTC a confondu le critère juridique applicable pour déterminer l'existence de « rapports » dans le cas de l'exception pour les communications interentreprises avec celui applicable pour déterminer l'existence de « relations d'affaires en cours » lorsqu'il s'agit de décider s'il y avait consentement tacite pour l'application du paragraphe 10(9) de la Loi. Elle affirme que, logiquement, le premier devrait se voir attribuer un [TRADUCTION] « sens considérablement plus large » que le second, un terme plus « spécifique » (mémoire de l'appelante sur la question du procès-verbal de décision, au paragraphe 64), tout particulièrement comme le législateur a décidé de ne pas définir le premier.

[69] En outre, l'appelante soutient que le CRTC a interprété de manière trop restrictive l'exigence de la pertinence de l'exception pour les communications interentreprises. Elle affirme que ses MEC offraient des services de formation pour le perfectionnement des employés des organisations destinataires. Ces dernières étaient tenues en droit d'offrir à leurs employés des programmes de formation [TRADUCTION] « du même genre que ceux publicisés et offerts » par l'appelante (mémoire de l'appelante sur la question du procès-verbal de violation, au paragraphe 68). Selon l'appelante, l'exception n'exige pas que les MEC ne fassent pas précisément référence aux activités des organisations destinataires.

[70] Enfin, l'appelante affirme que le CRTC a inventé l'exigence selon laquelle les rapports ne sont établis avec des organisations que par l'intermédiaire de personnes ayant assez de pouvoir pour lier ces organisations. Elle soutient qu'une telle exigence est contraire à la lettre et à l'esprit de l'exception.

3) *Le traitement par le CRTC du consentement tacite découlant de la publication bien en vue*

[71] Selon l'appelante, le CRTC a aussi mal interprété et appliqué l'alinéa 10(9)b) de la Loi, qui dispose que le consentement tacite à la réception de MEC peut être inféré de la situation où le destinataire a publié bien en vue son adresse électronique. L'appelante a fourni au CRTC

provided the CRTC with a table setting out each email address it claims was conspicuously published, where it was published and the recipient's job title, where known. The appellant points to the table's inclusion of recipients' job titles as evidence that the CEMs in question were related to the recipient's business activities—a requirement of implied consent under paragraph 10(9)(b). The appellant also argues that the latter requirement was met because the CEMs related to courses “of general interest to employees” (appellant's notice of violation memorandum, at paragraph 78).

(4) *CRTC's Treatment of the Unsubscribe Mechanism Requirements*

[72] Finally, the appellant argues that the CRTC erred in its interpretation and application of section 3 of the CRTC Regulations, which requires that unsubscribe mechanisms be displayed “clearly and prominently” and “be able to be readily performed” (appellant's notice of violation memorandum, at paragraph 82). According to the appellant, the fact that non-functioning links were included in some CEMs does not negate the fact that the functioning links also present in those CEMs complied with the express wording of the CRTC Regulations. The CRTC's findings to the contrary are, according to the appellant, a misinterpretation and misapplication of the requirements for unsubscribe mechanisms.

VI. The Issues

A. Constitutional Challenge

- (1) *Is CASL ultra vires Parliament?*
- (2) *Is CASL's violation of paragraph 2(b) of the Charter justified under section 1?*
- (3) *Does CASL violate section 11 of the Charter?*
- (4) *Does CASL violate sections 7 or 8 of the Charter?*

un tableau énumérant les adresses de courriel qui étaient, à ses dires, publiées bien en vue, la source de publication et le titre du destinataire, s'il était connu. Elle renvoie au titre de poste des destinataires indiqué dans le tableau pour démontrer que les MEC visés concernaient les activités commerciales des destinataires, un élément essentiel pour qu'il y ait consentement tacite pour l'application de l'alinéa 10(9)b). L'appelante affirme également qu'il a été satisfait à cette exigence parce que les MEC concernaient des cours [TRADUCTION] « d'intérêt général pour les employés » (mémoire de l'appelante sur la question du procès-verbal de violation, au paragraphe 78).

4) *Le traitement par le CRTC de l'exigence relative au mécanisme d'exclusion*

[72] Enfin, l'appelante soutient que le CRTC a mal interprété et appliqué l'article 3 du Règlement du CRTC, aux termes duquel les mécanismes d'exclusion doivent être énoncés [TRADUCTION] « en termes clairs et facilement lisibles » et « pouvoir s'exécuter facilement » (mémoire de l'appelante sur la question du procès-verbal de violation, au paragraphe 82). Selon l'appelante, la présence de liens non fonctionnels dans certains MEC n'enlève rien au fait que ces mêmes MEC comportaient également des hyperliens fonctionnels et étaient conformes au libellé exprès du Règlement du CRTC. De l'avis de l'appelante, les conclusions contraires du CRTC constituent une erreur d'interprétation et d'application des exigences relatives aux mécanismes d'exclusion.

VI. Les questions en litige

A. Contestation constitutionnelle

- 1) *La Loi relève-t-elle de la compétence du Parlement?*
- 2) *La violation de l'alinéa 2b) de la Charte est-elle justifiée au regard de l'article premier?*
- 3) *La Loi enfreint-elle l'article 11 de la Charte?*
- 4) *La Loi enfreint-elle les articles 7 et 8 de la Charte?*

B. Notice of Violation

- (1) *Did the CRTC err in its interpretation and application of the business-to-business exemption?*
- (2) *Did the CRTC err in its interpretation and application of CASL's implied consent requirements regarding conspicuous publication?*
- (3) *Did the CRTC err in its interpretation and application of CASL's requirements regarding unsubscribe mechanisms?*

VII. Standard of Review

[73] These are appeals from two CRTC decisions in respect of proceedings under section 25 of CASL. CRTC decisions under section 25 are subject to a statutory right of appeal to this Court (CASL, subsection 27(1)). The Supreme Court in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1 (*Vavilov*) stated that “where the legislature has provided for an appeal from an administrative decision to a court, a court hearing such an appeal is to apply appellate standards of review to the decision.” (*Vavilov*, at paragraph 37). The authority on appellate standards of review is *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 (*Housen*) according to which questions of law are reviewed on the standard of correctness and questions of fact and mixed fact and law are reviewed on the standard of palpable and overriding error.

[74] This Court’s review of the CRTC’s Constitutional Decision, concerning CASL’s validity and Charter compliance, will proceed on the standard of correctness. The Supreme Court explained the application of the correctness standard at paragraph 50 of *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190:

... When applying the correctness standard, a reviewing court will not show deference to the decision maker’s reasoning process; it will rather undertake its own analysis of the question. The analysis will bring the court to decide whether it agrees with the determination of the decision

B. Procès-verbal de violation

- 1) *Le CRTC a-t-il mal interprété et appliqué l’exception pour les communications interentreprises?*
- 2) *Le CRTC a-t-il mal interprété et appliqué l’exigence de la Loi relative au consentement tacite découlant de la publication bien en vue?*
- 3) *Le CRTC a-t-il mal interprété et appliqué l’exigence de la Loi quant au mécanisme d’exclusion?*

VII. Norme de contrôle

[73] Les présents appels concernent deux décisions du CRTC rendues conformément à la procédure prévue à l’article 25 de la Loi. Ces décisions emportent un droit légal d’appel à notre Cour (Loi, paragraphe 27(1)). Pour citer la Cour suprême dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] A.C.S. n° 65 (*Vavilov*) : « lorsque le législateur prévoit un appel à l’encontre d’une décision administrative devant une cour de justice, la cour saisie de l’appel doit recourir aux normes applicables en appel pour réviser la décision » (au paragraphe 37). L’arrêt de principe sur les normes de contrôle en appel est *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 (*Housen*) suivant lequel les questions de droit sont assujetties à la norme de la décision correcte tandis que les questions de fait et mixtes de fait et de droit sont assujetties à celle de l’erreur manifeste et dominante.

[74] La Cour applique la norme de la décision correcte à la décision du CRTC sur la constitutionnalité, qui concerne la validité et la conformité à la Charte de la Loi. La Cour suprême du Canada explique l’application de cette norme au paragraphe 50 de son arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, en ces termes :

[...] La cour de révision qui applique la norme de la décision correcte n’acquiesce pas au raisonnement du décideur; elle entreprend plutôt sa propre analyse au terme de laquelle elle décide si elle est d’accord ou non avec la conclusion du décideur. En cas de désaccord, elle substitue

maker; if not, the court will substitute its own view and provide the correct answer. From the outset, the court must ask whether the tribunal's decision was correct.

Accordingly, this Court will perform its own division of powers and Charter analyses with respect to the impugned legislation to determine whether the Constitutional Decision will be allowed to stand or must instead be brought in line with the findings of this Court. Although the CRTC's reasoning will be taken into account, "the reviewing court is ultimately empowered to come to its own conclusions" (*Vavilov*, at paragraph 54).

[75] Conversely, this Court's review of the Notice of Violation Decision, concerning the application of CASL to the facts of this case, will be based on the standard of palpable and overriding error. This Court will only interfere with a determination of the CRTC in this regard if it discloses an error that is both obvious and goes to the very core of the case's outcome (*Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352, at paragraph 38).

VIII. The Constitutional Decision

A. Division of Powers Analysis: Validity under Subsection 91(2)

[76] The appellant challenges the CRTC's finding that CASL is *intra vires* Parliament. The CRTC determined that CASL is a valid exercise of Parliament's jurisdiction over trade and commerce pursuant to subsection 91(2) of the Constitution Act. More specifically, the CRTC held that the Act falls under the second branch of the federal trade and commerce power pertaining to general trade and commerce affecting Canada as a whole.

[77] To determine whether the impugned legislation properly falls within Parliament's legislative competence, a division of powers analysis is required. This analysis typically consists of two steps. At the initial stage, the legislation's pith and substance is determined by examining the law's purpose and effects. At the second stage of the analysis, the impugned legislation is classified by reference to the heads of power assigned to either Parliament or the provinces by the Constitution Act. If the law falls

sa propre conclusion et rend la décision qui s'impose. La cour de révision doit se demander dès le départ si la décision du tribunal administratif était la bonne.

Ainsi, la Cour procède à sa propre analyse de la loi contestée, fondée sur le partage des compétences et la Charte, pour décider s'il convient de confirmer la décision sur la constitutionnalité ou si la Cour doit intervenir pour la rendre conforme à ses conclusions. Si la Cour tient compte du raisonnement du CRTC, « elle est en fin de compte habilitée à tirer ses propres conclusions sur la question en litige » (*Vavilov*, au paragraphe 54).

[75] En revanche, la Cour examine la décision sur le procès-verbal de violation – et son application de la Loi aux faits de l'affaire – selon la norme de l'erreur manifeste et dominante. La Cour n'intervient que si une conclusion du CRTC révèle une erreur évidente qui touche directement à l'issue de l'affaire (*Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352, au paragraphe 38).

VIII. La décision sur la constitutionnalité

A. Analyse du partage des compétences : validité au regard du paragraphe 91(2)

[76] L'appelante conteste la conclusion du CRTC selon laquelle la Loi relève de la compétence du Parlement. Selon le CRTC, la Loi résulte d'un exercice valide par le Parlement de la compétence à l'égard du trafic et du commerce que lui confère le paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Précisément, le CRTC est d'avis que la Loi relève du second volet du pouvoir général en matière de trafic et de commerce à l'échelle du pays.

[77] Pour décider si la loi contestée relève bel et bien de la compétence législative du Parlement, il faut procéder à une analyse fondée sur le partage des compétences, qui comprend généralement deux volets. En premier lieu, on détermine le caractère véritable de la loi à la lumière de son objet et de son effet. En second lieu, on range la loi dans l'une ou l'autre des catégories de sujets que la *Loi constitutionnelle de 1867* attribue soit au Parlement, soit aux provinces. Si la loi tombe sous le coup de la compétence de

under a head of power within the jurisdiction of the enacting level of government, the law is valid, or *intra vires* the enacting legislature. If, on the other hand, the law is properly classified under a head of power outside the competency of the enacting level of government it is *ultra vires* and must be struck down (*Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837 (*Securities Reference*), at paragraphs 63–65; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783 (*Firearms Reference*), at paragraph 15).

[78] Notably, however, where the inquiry specifically considers whether legislation is a valid exercise of Parliament’s power over general trade and commerce, the case law prescribes a particular method for conducting the division of powers analysis. A line of jurisprudence culminating in *General Motors* established five *indicia* of validity for matters falling under this branch of subsection 91(2). These *indicia* will be set out explicitly below, but the purport of the *General Motors* test is, where “the law is part of a general regulatory scheme aimed at trade and commerce under oversight of a regulatory agency, it will fall under the general federal trade and commerce power if the matter regulated is genuinely national in importance and scope” (*Securities Reference*, at paragraph 83).

[79] The Supreme Court’s advisory opinion in the *Securities Reference* demonstrates one method of integrating the *General Motors* test into the division of powers analysis. In the *Securities Reference*, the Supreme Court first conducted a pith and substance analysis of the relevant legislation and then employed the *General Motors* test at the classification stage. These reasons will follow the Supreme Court’s approach. Accordingly, “we must identify the main thrust of the proposed legislation having regard to its purpose and effects, and then ask whether the scheme, thus characterized, meets the *indicia* set out in *General Motors*” (*Securities Reference*, at paragraph 92).

l’ordre de gouvernement qui l’a adoptée, elle est valide. En revanche, si la loi tombe sous le coup d’un chef de compétence qui ne relève pas de l’ordre de gouvernement qui l’a adoptée, elle n’est pas valide et doit être abrogée (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837 (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*), aux paragraphes 63 à 65; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783, au paragraphe 15).

[78] Or, signalons que, lorsque l’analyse porte précisément sur la question de savoir si la loi résulte d’un exercice valide par le Parlement de son pouvoir général en matière de trafic et de commerce, la jurisprudence prévoit une certaine manière de procéder à l’analyse du partage des compétences. Un courant jurisprudentiel s’étant soldé par l’arrêt *General Motors* a établi cinq indices servant à déterminer la validité d’une mesure prise en vertu de ce volet du pouvoir prévu au paragraphe 91(2). Ces indices sont énoncés en détail ci-après, mais le critère de l’arrêt *General Motors* veut que, lorsque « la loi s’inscrit dans un régime général de réglementation visant le trafic et le commerce et faisant l’objet d’une surveillance par un organisme de réglementation, elle relève du pouvoir fédéral général relatif au trafic et au commerce si la matière réglementée revêt véritablement une importance et une portée nationales » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 83).

[79] L’avis consultatif émis par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières* démontre une méthode permettant d’intégrer le critère établi dans l’arrêt *General Motors* à l’analyse du partage des compétences. La Cour suprême procède d’abord à une analyse du caractère véritable de la loi visée pour appliquer ensuite le critère établi dans l’arrêt *General Motors* à l’étape de la classification. Les présents motifs adoptent la même démarche. Ainsi, « nous devons cerner ce qu’est le caractère véritable de la loi proposée quant à son objet et quant à ses effets; ensuite, nous devons nous demander si le régime, à la lumière de cette caractérisation, satisfait aux critères établis dans *General Motors* » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 92).

(1) *Scope of the Legislation to be Considered*

[80] The appellant's notice of appeal indicates that the appellant seeks a declaration of invalidity with respect to CASL in its entirety. Before the CRTC, however, the appellant challenged only certain provisions of CASL (Constitutional Decision, at paragraphs 11–12). In particular, the appellant's validity arguments before the CRTC focused exclusively on the Act's CEM-related provisions (Constitutional Decision, at paragraph 37). In its memorandum for this appeal as well, the appellant confined its validity arguments to "CASL's messaging portions" (appellant's constitutional memorandum, at paragraph 81). Accordingly, I will proceed on the basis that the appellant's challenge on validity relates solely to CASL's CEM provisions.

[81] The parties and the CRTC agree that CASL's CEM provisions are the principal provisions in issue (Constitutional Decision, at paragraph 37). Nevertheless, there is disagreement over the scope of the Act that should be considered in the division of powers analysis. The appellant argues that the CEM provisions must be considered in isolation and therefore the CRTC erred in considering CASL as a whole. More particularly, the CRTC's pith and substance analysis took into account the purpose and effects of sections 7 and 8 which address the alteration of transmission data in electronic messages and the unauthorized installation of computer programs, respectively (Constitutional Decision, at paragraphs 37, 43 and 45). The appellant argues that these provisions are not in issue and that the proper approach is to determine the main thrust of the impugned CEM provisions in isolation from the wider Act (appellant's constitutional memorandum, at paragraph 80). The respondent, for its part, defends the CRTC's method (respondent's constitutional memorandum, at paragraph 90) despite applying the appellant's approach of analyzing the CEM provisions specifically (respondent's constitutional memorandum, at paragraphs 92, 95 and 96).

1) *Portée de la loi examinée*

[80] Dans son avis d'appel, l'appelante indique qu'elle sollicite une déclaration d'invalidité de la Loi entière. Or, devant le CRTC, elle n'a contesté que certaines dispositions (décision sur la constitutionnalité, aux paragraphes 11 et 12). Plus précisément, les arguments quant à l'invalidité de la Loi devant le CRTC portaient exclusivement sur les dispositions de celle-ci concernant les MEC (décision sur la constitutionnalité, au paragraphe 37). En outre, dans son mémoire d'appel, l'appelante limite ses arguments quant à l'invalidité aux [TRADUCTION] « dispositions de la Loi sur les messages » (mémoire de l'appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 81). Par conséquent, je pars du principe que la contestation sur le plan de la validité ne vise que les dispositions de la Loi sur les MEC.

[81] Les parties et le CRTC conviennent que les dispositions de la Loi sur les MEC sont les principales dispositions en litige (décision sur la constitutionnalité, au paragraphe 37). Néanmoins, ils ne s'entendent pas sur la portée de la mesure qu'il convient d'examiner dans l'analyse du partage des compétences. Selon l'appelante, les dispositions sur les MEC doivent être examinées en vase clos; à son avis, le CRTC a donc fait erreur en examinant la Loi dans son ensemble. Précisément, le CRTC, en procédant à l'analyse du caractère véritable, a tenu compte de l'objet et des effets des articles 7 et 8, qui portent sur la modification des données de transmission de messages électronique et l'installation interdite d'un programme d'ordinateur, respectivement (décision sur la constitutionnalité, aux paragraphes 37, 43 et 45). Selon l'appelante, l'affaire n'intéresse pas ces dispositions, et la démarche qu'il faut adopter consiste à déterminer le caractère véritable des dispositions contestées qui portent sur les MEC, isolément de la Loi dans son ensemble (mémoire de l'appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 80). Pour sa part, l'intimé défend la démarche adoptée par le CRTC (mémoire de l'intimé sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 90) même s'il a appliqué celle préconisée par l'appelante, qui consiste à analyser les dispositions sur les MEC en particulier (mémoire de l'intimé sur les questions constitutionnelles, aux paragraphes 92, 95 et 96).

[82] To resolve this dispute, it is helpful to recall that the *General Motors* test assesses validity at the level of the regulatory scheme. As the Supreme Court stated in *General Motors*, though not an essential condition of validity, “[t]he presence of a scheme of legislation is one of the most basic characteristics” of valid trade and commerce legislation. Accordingly, “[m]ost provisions upheld under the second branch of s. 91(2) will be connected to a regulatory scheme” (*General Motors*, at page 667). The existence of a regulatory scheme is not disputed in this case (Constitutional Decision, at paragraph 53). There is a dispute, however, respecting the scope of the relevant scheme.

[83] A regulatory scheme can be contained in a single provision or a severable part of an act or it can comprehend an entire piece of legislation. The Supreme Court in *General Motors* identified three constituent components of a regulatory scheme: prohibited conduct, an investigatory procedure and a remedial mechanism (*General Motors*, at page 676).

[84] There are two ways of viewing CASL for the purpose of identifying the regulatory scheme relevant to the case at hand. First, the entire Act could be interpreted as comprehending a single regulatory scheme. This is the view taken by the CRTC (Constitutional Decision, at paragraphs 37, 43 and 45). On this approach, the prohibited conduct is, broadly stated, “commercial conduct that discourages the use of electronic means to carry out commercial activities” (CASL, section 3). Sections 6–8 then describe three subsets of this broader category of proscribed conduct, namely, the sending of unsolicited CEMs, alteration of transmission data in electronic messages and unauthorized installation of computer programs. On this reading, if the impugned provisions relating to CEMs were found to intrude on the provinces’ legislative sphere, their validity could nevertheless be secured by virtue of their relationship to CASL’s wider regulatory scheme—that is, if it were determined that the wider scheme is valid and the provisions sufficiently integrated relative to the extent of their intrusion on provincial competency. This is the essence of the ancillary powers doctrine: “a finding that a provision standing alone, in its pith and substance, intrudes on provincial powers

[82] Pour résoudre cette contradiction, il est utile de rappeler que le critère établi dans l’arrêt *General Motors* permet d’évaluer la validité d’une mesure à l’échelle du régime administratif. Pour citer la Cour suprême, si elle n’est pas essentielle, « [l’]existence d’un tel système législatif constitue l’une des caractéristiques les plus fondamentales » d’une loi valide en matière de trafic et de commerce. Ainsi, « [l]a plupart des dispositions dont la validité est confirmée en vertu du deuxième aspect du paragraphe 91(2) sont reliées à un système de réglementation » (*General Motors*, aux pages 667 et 668). L’existence d’un tel régime n’est pas contestée en l’espèce (décision sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 53), mais sa portée l’est.

[83] Un régime administratif peut ressortir d’une seule disposition ou d’une partie d’une loi qu’il est possible d’isoler ou constituer une loi en entier. Dans l’arrêt *General Motors*, la Cour suprême indique trois caractéristiques d’un tel régime : activités interdites, existence d’un mécanisme d’enquête et recours (*General Motors*, à la page 676).

[84] Lorsqu’il s’agit de décider s’il existe un régime administratif pertinent dans l’affaire dont nous sommes saisis, deux démarches sont possibles. Premièrement, on peut affirmer que la Loi dans son ensemble représente un seul régime administratif. C’est l’interprétation adoptée par le CRTC (décision sur la constitutionnalité, aux paragraphes 37, 43 et 45). Suivant cette interprétation, les activités interdites sont définies en termes généraux comme étant celles qui « découragent l’exercice des activités commerciales par voie électronique » (Loi, article 3). Les articles 6 à 8 décrivent trois sous-catégories d’activités interdites, à savoir, l’envoi de MEC non sollicités, la modification des données de transmission des messages électroniques et l’installation interdite d’un programme d’ordinateur. Suivant une telle interprétation, si l’on conclut que les dispositions sur les MEC empiètent sur un domaine de compétence législative provincial, elles pourraient tout de même être valides en raison de leur appartenance au régime administratif général que prévoit la Loi, à condition que ce dernier soit valide et que les dispositions y soient suffisamment intégrées, dans la mesure de leur empiètement. C’est là l’essence de la doctrine des pouvoirs accessoires : « la conclusion que, en raison

does not determine its ultimate constitutional validity.... It is necessary to consider both the impugned provision and the Act as a whole when undertaking constitutional analysis” (*Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302 (*Kirkbi*), at paragraph 20). This is perhaps what the CRTC had in mind when it stated, “to the extent that doing so is necessary to the pith and substance analysis, the Commission has considered the purpose and effects of CASL’s regulatory scheme as a whole” (Constitutional Decision, at paragraph 37).

[85] Interpreting CASL as a single regulatory scheme would therefore justify considering the purpose and effects of sections 7 and 8 in the context of establishing the validity of CASL’s overall scheme. However, even in this scenario, it would still be necessary to first determine the main thrust of the challenged sections on their own before turning to consider the wider scheme. As the Supreme Court has made clear, where only certain provisions of an act are challenged, “[t]he first stage of the analysis requires a characterization of the impugned provision in isolation from the rest of the statute” (*Kirkbi*, at paragraph 23). The CRTC assessed CASL as a whole right from the outset of its pith and substance analysis, failing to consider the purpose and effects of the impugned CEM provisions on their own at any point in its decision.

[86] In any event, I do not believe that consideration of sections 7 and 8 has any proper place in the division of powers analysis called for in this case. The respondent has not raised the ancillary powers doctrine as a basis for the validity of the impugned CEM provisions. It is therefore not appropriate to embark on this path of justification.

[87] I find the second way of viewing CASL, which comports more closely with the appellant’s approach, the preferable view. According to this approach, CASL contains three separate regulatory schemes, each centered on one of the distinct forms of prohibited conduct enumerated in sections 6, 7 and 8, respectively. On this reading, the impugned provisions constitute a distinct regulatory scheme relating to unsolicited CEMs, separate and apart from CASL’s schemes targeting the alteration of transmission

de son caractère véritable, une disposition prise isolément empiète sur des pouvoirs provinciaux n’est pas déterminante quant à sa constitutionnalité fondamentale [...] Il faut examiner tant la disposition contestée que la loi dans son ensemble lorsqu’on procède à une analyse constitutionnelle » (*Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302 (*Kirkbi*), au paragraphe 20. Le CRTC avait peut-être ce principe à l’esprit quand il a affirmé « dans la mesure où il était nécessaire de le faire aux fins de l’analyse du caractère véritable, le Conseil a tenu compte de l’objet et des effets du régime réglementaire de la LCAP dans leur ensemble » (décision sur la constitutionnalité, au paragraphe 37).

[85] Si on déterminait que la Loi ne présentait qu’un seul régime administratif, il serait justifié d’examiner l’objet et les effets des articles 7 et 8 pour décider si le régime global que prévoit la Loi était valide. Or, même dans un tel scénario, il serait nécessaire de déterminer en premier lieu le caractère véritable des dispositions contestées isolément avant d’examiner le régime global. Comme le précise la Cour suprême, dans les cas où seules certaines dispositions d’une loi sont contestées, à la « première étape de l’analyse, il faut qualifier la disposition contestée indépendamment du reste de la Loi » (*Kirkbi*, au paragraphe 23). Le CRTC a envisagé la Loi dans son ensemble, dès le début de son analyse sur le caractère véritable, et n’a examiné l’objet et les effets des dispositions sur les MEC contestées à aucune étape de son raisonnement.

[86] Quoi qu’il en soit, je ne crois pas que l’analyse du partage des compétences appelle un examen des articles 7 et 8 en l’espèce. L’intimé n’a pas soulevé la doctrine des pouvoirs accessoires pour étayer son argument quant à la validité des dispositions contestées sur les MEC. Il n’est donc pas opportun d’emprunter cette voie.

[87] À mon avis, la deuxième interprétation, qui correspond davantage à celle préconisée par l’appelante, est préférable. Suivant celle-ci, la Loi comporte trois régimes administratifs distincts, dont chacun vise une des trois catégories d’activités interdites établies aux articles 6, 7 et 8. Selon une telle interprétation, les dispositions contestées créent un régime administratif distinct visant les MEC non sollicités, qui est distinct de ceux visant la modification des données de transmission et l’installation de

data and unauthorized installation of computer programs. There is then no basis for considering the purpose and effects of the latter two schemes in a constitutional analysis of the impugned CEM scheme, which stands or falls on its own. The analysis must be confined to the impugned provisions, which cumulatively form the Act's CEM scheme, and "[t]he question is whether the sum of its particular provisions, read together, falls within the general trade and commerce power" (*Securities Reference*, at paragraph 91). While provisions that appear invalid may take on a constitutional cast by integration into an otherwise valid scheme, an invalid scheme does not take on a constitutional cast by the presence of two other valid schemes in the same act.

[88] I note that the CRTC also appears to recognize the existence of multiple schemes within the framework of CASL, distinguishing, at paragraph 37 of its Constitutional Decision, between the Act's "unsolicited CEM scheme" and the "schemes relating to the alteration of transmission data or the installation of computer programs".

[89] For these reasons, the following division of powers analysis will first identify the main thrust of the impugned provisions, read together as an economic scheme regulating the sending of unsolicited CEMs, by considering their purpose and effects in isolation from the Act's other provisions, in particular, sections 7 and 8. Next, it will be determined whether the CEM scheme, thus characterized, meets the *General Motors* test and therefore qualifies as valid federal legislation pursuant to Parliament's jurisdiction over general trade and commerce (*Securities Reference*, at paragraphs 91–92).

[90] Before moving on, I note that, on either reading of CASL described above, the Act's regulatory scheme, or schemes, also meet the remaining two requirements of a regulatory scheme: an investigatory procedure and a remedial mechanism (*General Motors*, at page 676). These criteria are satisfied by the investigatory and enforcement powers assigned to persons designated under section 14, as well as the CRTC, the Commissioner of Competition,

programmes d'ordinateur. Il n'est donc pas justifié d'examiner l'objet et les effets de ces deux derniers dans l'analyse de la constitutionnalité des dispositions contestées sur les MEC, qui doit être considérée à part. L'analyse doit être limitée aux dispositions contestées, qui ensemble forment le régime prévu par la Loi sur les MEC, et « [l]a question à trancher est donc celle de savoir si la somme des dispositions de ce régime, considérées ensemble, relève du pouvoir général en matière de trafic et de commerce » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 91). Si des dispositions qui semblent invalides peuvent devenir constitutionnelles une fois intégrées à un régime autrement valide, la simple existence de deux autres régimes valides au sein d'une même loi ne rend pas constitutionnel un régime invalide.

[88] Signalons que le CRTC semble reconnaître l'existence de plus d'un régime au sein de la Loi, car il distingue, au paragraphe 37 de sa décision sur la constitutionnalité, les dispositions sur les « MEC non sollicités » des « dispositions de la LCAP relatives à la modification des données de transmission ou à l'installation de programmes d'ordinateur ».

[89] C'est pourquoi dans l'analyse du partage des compétences, qui suit, nous déterminons d'abord le caractère véritable des dispositions contestées, examinées ensemble comme un régime économique visant à réglementer l'envoi de MEC non sollicités, en considérant leur objet et leurs effets, isolément des autres dispositions de la Loi, notamment les articles 7 et 8. Ensuite, nous décidons si le régime relatif aux MEC, ainsi qualifié, satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *General Motors* et constitue par conséquent une mesure législative fédérale valide relevant du pouvoir général du Parlement en matière de trafic et de commerce (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, aux paragraphes 91 et 92).

[90] Avant d'aller plus loin, signalons que, quelle que soit l'interprétation adoptée parmi les deux décrites plus haut — c'est-à-dire l'existence, soit d'un seul régime administratif, soit de trois —, il est satisfait aux deux autres éléments d'un régime administratif, à savoir l'existence d'une procédure d'enquête et l'existence de recours (*General Motors*, à la page 676). Il est satisfait à ces éléments, car l'article 14 et d'autres dispositions confèrent

the Privacy Commissioner and this Court, pursuant to various provisions of the Act. As previously stated, the existence of a regulatory scheme is not contested on this appeal (Constitutional Decision, at paragraph 53). The preceding discussion was necessary only to identify the parameters of the regulatory scheme to be assessed in the sections that follow.

(2) *Pith and Substance Analysis*

[91] Having determined that the impugned CEM scheme, read in isolation, properly forms the subject of the pith and substance analysis, it is now necessary to consider that scheme's purpose and effects, or, in other words, what the scheme seeks to do and what it does (*Securities Reference*, at paragraph 94).

(a) Purpose of the CEM Scheme

[92] The case law tells us that legislative purpose may be ascertained by reference to both intrinsic and extrinsic evidence. Intrinsic evidence, from within the “four corners” of the legislation, includes explicit statements of an act's purpose in the legislation itself, as well as an act's general structure. Relevant extrinsic material may include accounts of the legislative process, including Hansard, government publications and similar material (*Firearms Reference*, at paragraph 31; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at page 484, (1993), 157 N.R. 97 (*Morgentaler*)). Determining legislative purpose may also be aided by identifying the defect in the law a statute aims to correct, or, in other words, the mischief or evil Parliament sought to address through the legislation (*Firearms Reference*, at paragraph 17; *Morgentaler*, at page 484).

[93] There is, of course, no purpose clause for CASL's CEM scheme in particular. However, the purpose clause for CASL as a whole, found at section 3 of the Act, is useful in discerning the purpose of the impugned scheme. Section 3 states that CASL's purpose is “to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy by

des pouvoirs d'enquête et d'application à certaines personnes, outre le CRTC, le commissaire de la concurrence, le commissaire à la protection de la vie privée et la Cour. Rappelons que l'existence d'un régime administratif n'est pas contestée en l'espèce (décision sur la constitutionnalité, au paragraphe 53). L'analyse qui précède importe seulement lorsqu'il s'agit de circonscrire les paramètres du régime administratif qu'il faut examiner dans les parties qui suivent.

2) *Analyse du caractère véritable*

[91] Comme il est décidé que l'analyse du caractère véritable porte sur les dispositions sur les MEC, interprétées isolément, il faut ensuite examiner l'objet et les effets de ces dernières, autrement dit, ce qu'elles cherchent à accomplir et ce qu'elles accomplissent effectivement (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 94).

a) Objet des dispositions sur les MEC

[92] La jurisprudence enseigne qu'il est possible de discerner l'objet d'une loi à partir d'éléments de preuve intrinsèque et extrinsèque. La preuve intrinsèque, qui ressort des termes mêmes de la loi, comprend la disposition énonçant expressément son objet, ainsi que l'économie générale de la loi. Les éléments de preuve extrinsèque pertinents comprennent les rapports sur la filière législative, y compris les Débats de la Chambre des communes, les publications gouvernementales et d'autres documents semblables (*Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, au paragraphe 31; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, à la page 484, 1993 CanLII 74 (*Morgentaler*)). Il peut aussi être utile, pour déterminer l'objet d'une loi, de trouver la lacune dans le régime légal que la loi visait à corriger, autrement dit, le mal auquel le législateur entendait remédier en légiférant (*Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, au paragraphe 17; *Morgentaler*, à la page 484).

[93] La Loi ne comporte évidemment aucune disposition distincte énonçant l'objet des dispositions sur les MEC. Or, la disposition énonçant l'objet de la Loi dans son ensemble, qui figure à l'article 3, permet de discerner l'objet des dispositions contestées. Aux termes de l'article 3, la Loi a pour objet « de promouvoir l'efficacité

regulating commercial conduct that discourages reliance on electronic means of carrying out commercial activities”. The Act’s title echoes this purpose. The reasons why Parliament sought to regulate commercial conduct of this description through CASL are enumerated in paragraphs 3(a) to (d), which speak to the evils the legislation aims to address. More specifically, the commercial conduct regulated by CASL is targeted because that conduct:

Purpose of Act

3 ...

- (a) impairs the availability, reliability, efficiency and optimal use of electronic means to carry out commercial activities;
- (b) imposes additional costs on businesses and consumers;
- (c) compromises privacy and the security of confidential information; and
- (d) undermines the confidence of Canadians in the use of electronic means of communication to carry out their commercial activities in Canada and abroad.

It is because certain commercial activities can give rise to these undesirable consequences that impact the economy that Parliament undertook to regulate those activities through CASL.

[94] The commercial activities that CASL regulates are threefold: the alteration of transmission data in electronic messages, the unauthorized installation of computer programs and, most pertinently, the sending of unsolicited CEMs. Section 3 thus reveals that Parliament’s intention in legislating the impugned provisions was to create a scheme regulating the sending of CEMs in order to prevent impairment of the e-economy and costs to businesses and consumers, as well as to protect confidential information and Canadians’ confidence in e-commerce.

et la capacité d’adaptation de l’économie canadienne par la réglementation des pratiques commerciales qui découragent l’exercice des activités commerciales par voie électronique ». Le titre de la Loi reflète cet objet. Les motifs ayant mené le législateur à vouloir réglementer de telles pratiques commerciales sont énumérées aux alinéas 3a) à d). Ces dispositions énoncent les maux auxquels la mesure voulait remédier. Précisément, les pratiques commerciales visées par la Loi :

Objet de la loi

3 [...]

- a) elles nuisent à l’accessibilité, à la fiabilité, à l’efficacité et à l’utilisation optimale des moyens de communication électronique dans le cadre des activités commerciales;
- b) elles entraînent des coûts supplémentaires pour les entreprises et les consommateurs;
- c) elles compromettent la protection de la vie privée et la sécurité des renseignements confidentiels;
- d) elles minent la confiance des Canadiens quant à l’utilisation des moyens de communication électronique pour l’exercice de leurs activités commerciales au Canada et à l’étranger.

Comme certaines activités commerciales sont susceptibles d’emporter de telles conséquences fâcheuses qui nuisent à l’économie, le législateur a décidé de réglementer ces pratiques en adoptant la Loi.

[94] Les activités commerciales qui sont réglementées par la Loi se rangent dans trois catégories : la modification des données de transmission des messages électroniques, l’installation interdite de programmes d’ordinateur et l’envoi de MEC non sollicités, sur laquelle portent les présents appels. Il ressort de l’article 3 que le législateur entendait, en adoptant les dispositions contestées, créer un régime réglementant l’envoi de MEC pour empêcher que de telles pratiques nuisent à la cyberéconomie et entraînent des coûts pour les entreprises et les consommateurs, ainsi que pour protéger les renseignements confidentiels et préserver la confiance des Canadiens dans le commerce électronique.

[95] Parliamentary debates consistently support the conclusion that the purpose of CASL's CEM scheme is to regulate unsolicited CEMs in order to combat spam and associated online threats in the interests of privacy and security in order to promote a healthy e-economy (see the joint appeal book (JAB)):

The bill before us will reduce the burden of spam on Canadian businesses and the risks to individual Canadians. Our goal is to ensure continued confidence in electronic commerce by addressing the personal privacy and security concerns that surround Internet spam and related threats. (*House of Commons Debates*, 40th Parl, 2nd Sess, No 053 (7 May 2009) at 3216 (Mike Lake); JAB, at p. 1151.)

Government has a responsibility to create the economic conditions that will help build the digital economy. One of the ways we are doing this is by creating the right framework laws to build trust and confidence in online transactions and communications. Rules that counter unsolicited email are critical to that framework. (*House of Commons Debates*, 40th Parl, 2nd Sess, No 105 (2 November 2009) at 6495 (Mike Lake); JAB, at p. 1135.)

The legislation is about reducing spam and other computer-related threats that discourage the use of electronic commerce and undermine privacy. This legislation restores consumer confidence in online commerce by protecting both consumers and Canadian businesses from unwanted spam. Our goal is to ensure confidence in online commerce by addressing the privacy and personal security concerns that consumers associate with spam and related threats which deter consumers from participating in the online marketplace. (*House of Commons Debates*, 40th Parl, 2nd Sess, No 106 (3 November 2009) at 6581 (Gordon Brown); JAB, at p. 1144.)

The origins of this bill, after all, go back to the work of the task force on spam. The task force recommended that strong action be taken against unsolicited commercial emails, as it recognized that spam was becoming more than just a nuisance. It has become the means by which viruses, trojans and worms are spread through the Internet and it undermines confidence in the digital economy. (*House of Commons Debates*, 40th Parl, 3rd Sess, No 101

[95] Les débats parlementaires étayent uniformément la conclusion selon laquelle les dispositions sur les MEC ont pour objet de réglementer l'envoi de MEC non sollicités pour lutter contre les pourriels et les menaces en ligne connexes dans l'intérêt de la protection des renseignements personnels et de la sécurité en vue de promouvoir la cyberéconomie (voir le dossier d'appel conjoint) :

Ce projet de loi va réduire le fardeau du pourriel pour les entreprises canadiennes et les risques pour le public canadien. L'objectif est de préserver la confiance dans le commerce électronique en répondant aux problèmes de protection de la vie privée et de la sécurité des personnes causés par le pourriel et les menaces connexes. (*Débats de la Chambre des communes*, 40^e législ., 2^e sess., n^o 053 (7 mai 2009), p. 3216 (Mike Lake); dossier d'appel conjoint, p. 1151.)

Le gouvernement a la responsabilité de créer des conditions économiques propices à l'édification de l'économie numérique. L'un des moyens de le faire est d'établir le cadre législatif approprié pour que les gens aient confiance dans les transactions en ligne et les communications. Des règles interdisant les courriels non sollicités sont essentielles dans un tel cadre. (*Débats de la Chambre des communes*, 40^e législ., 2^e sess., n^o 105 (2 novembre 2009), p. 6469 (Mike Lake); dossier d'appel conjoint, p. 1135.)

Le projet de loi vise à réduire le pourriel et les autres problèmes informatiques qui découragent les gens d'utiliser le commerce électronique et minent la confidentialité. Il vise à rétablir la confiance des consommateurs à l'égard du commerce en ligne en les protégeant, de même que les entreprises canadiennes, contre le pourriel. [...] Notre objectif est d'asseoir la confiance dans le cybercommerce en dissipant les inquiétudes relatives à la vie privée et à la sécurité personnelle que les consommateurs associent aux pourriels et aux menaces connexes et qui les dissuadent de faire des transactions commerciales en ligne. (*Débats de la Chambre des communes*, 40^e législ., 2^e sess., n^o 106 (3 novembre 2009), p. 6581 (Gordon Brown); dossier d'appel conjoint, p. 1144.)

Après tout, ce projet de loi s'inspire du travail d'un groupe de travail chargé d'étudier les pourriels. Ce dernier a recommandé d'adopter des mesures musclées pour lutter contre les courriels commerciaux non sollicités parce qu'il a reconnu que les pourriels deviennent plus qu'un simple désagrément. Ils servent à propager des virus, des chevaux de Troie et des vers électroniques sur Internet et minent la confiance des gens dans l'économie numérique. (*Débats*

(22 November 2010) at 6268 (Dave Van Kesteren); JAB, at p. 1163.)

de la Chambre des communes, 40^e législ., 3^e sess., n^o 101 (22 novembre 2010), p. 6268 (Dave Van Kesteren); dossier d’appel conjoint, p. 1163.)

[96] Finally, I note that the appellant faults the CRTC for its “heavy reliance on CASL’s ‘stated purpose’” (appellant’s constitutional memorandum, at paragraph 80). However, I also observe that the appellant, in discerning what it says is the “true purpose” of the CEM scheme, omits any consideration of the intrinsic and extrinsic evidentiary sources from which the case law tells us a law’s purpose is to be derived. The appellant seems rather to rely on what are, in its view, the scheme’s effects in order to arrive at its formulation of the scheme’s purpose (appellant’s constitutional memorandum, at paragraph 81).

(b) Effects of the CEM Scheme

[97] I turn now to consider the effects of CASL’s CEM scheme, which involves examining how the law sets out to achieve its purpose. Two types of effects are relevant to this inquiry: first, the direct legal effects of the legislation on the rights and liabilities of those subject to its terms, and, secondly, the practical consequences of the scheme’s application, looking beyond its strict legal operation. The legislation may have incidental effects that implicate heads of power outside of Parliament’s jurisdiction—these effects can be discounted in the search for the main thrust of the legislation (*Securities Reference*, at paragraph 63; see also *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3 (*Canadian Western Bank*), at paragraph 28 and *General Motors*, at page 667).

(i) Direct Legal Effects

[98] The direct legal effect of the impugned provisions is the establishment of a federal regulatory scheme for unsolicited CEMs applicable to all provinces. Under this scheme, persons wishing to send electronic communications that can reasonably be considered to have as a purpose encouraging participation in a commercial activity may only do so where recipients have consented to

[96] Enfin, signalons que l’appelante reproche au CRTC [TRADUCTION] « l’importance considérable qu’il accorde à “la disposition énonçant l’objet” de la Loi » (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 80). Cependant, signalons également que l’appelante, dans sa recherche de ce qu’elle qualifie de [TRADUCTION] « véritable objet » des dispositions sur les MEC, omet d’examiner les éléments de preuve intrinsèque et extrinsèque dont il est possible de tirer l’objet d’une loi, suivant la jurisprudence. Elle semble plutôt formuler l’objet des dispositions à la lumière des effets qu’elle attribue à ces dernières (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 81).

b) Effets des dispositions sur les MEC

[97] Abordons ensuite les effets des dispositions sur les MEC. Une telle analyse, qui nécessite d’examiner la manière dont la Loi atteint son objet, fait intervenir deux types d’effets : premièrement, les effets juridiques directs de la mesure sur les droits et les obligations des personnes qui y sont assujetties et, deuxièmement, les conséquences pratiques de l’application du régime qui transcendent sa seule opération juridique. La mesure est susceptible d’avoir des effets incidents faisant jouer une autre matière qui ne relève pas de la compétence du Parlement — ces effets peuvent être écartés dans la recherche du caractère véritable de la loi (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 63; voir également *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3 (*Banque canadienne de l’Ouest*), au paragraphe 28 et *General Motors*, à la page 667).

(i) Effets juridiques directs

[98] Les dispositions contestées ont pour effet juridique direct la création d’un régime fédéral de réglementation des MEC non sollicités applicable à toutes les provinces. Dans le cadre de ce régime, les personnes souhaitant envoyer des communications électroniques dont l’objet, raisonnablement interprété, est de promouvoir la participation à une activité commerciale n’y sont autorisées que

receiving such messages and CASL's content requirements relating to unsubscribe mechanisms and sender contact information have been met. These legal constraints apply unless a message falls within one of the Act's exclusions or recipients' consent can be implied. Contravention of these regulations renders the sender liable to an AMP or a civil suit. These are the direct effects of the CEM scheme. The scheme's effect is not, contrary to the appellant's assertions, to "sweep in all messages that might have a minor commercial purpose" (appellant's constitutional memorandum, at paragraph 81, emphasis in original).

[99] What the CEM scheme does not regulate also suggests its operation is limited to its stated purpose. In other words, the scheme's effects do not appear to diverge substantially from its stated aim, which might suggest colourability (*Firearms Reference*, at paragraph 18). The impugned provisions target a particular type of electronic communication—commercial messaging—that is intimately tied to the scheme's purpose of protecting e-commerce. The scheme has no effect on the sending of electronic messages that cannot reasonably be considered to have as a purpose encouraging participation in a commercial activity. This belies the appellant's assertion that "CASL's 'true purpose' is to regulate unsolicited messages generally" (appellant's constitutional memorandum, at paragraph 81, emphasis in original).

[100] More particularly still, the impugned scheme regulates only a narrow aspect of the targeted type of messaging. The scheme establishes three consent-related preconditions for the sending of CEMs: express or implied consent of the recipient; inclusion of an unsubscribe mechanism to allow recipients to withdraw consent; and inclusion of senders' identification and contact information so these individuals can be contacted directly and informed of recipients' withdrawal of consent, if necessary.

si elles ont obtenu le consentement des destinataires et si leurs messages sont conformes aux exigences prévues dans la Loi quant à l'existence d'un mécanisme d'exclusion et aux coordonnées de l'expéditeur. Ces restrictions légales s'appliquent, à moins qu'un message soit visé par une exception prévue à la Loi ou que le destinataire a consenti tacitement à recevoir le message. L'expéditeur qui contrevient à ces règles s'expose à une SAP ou à une action civile. Ce sont là les effets directs des dispositions sur les MEC. Elles n'ont pas pour effet, contrairement à ce qu'affirme l'appelante, de [TRADUCTION] « viser tous les messages susceptibles de comporter un objet un tant soit peu commercial » (mémoire de l'appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 81, souligné et en gras dans l'original).

[99] Il ressort également des sujets que les dispositions sur les MEC ne réglementent pas que leur opération est limitée à l'objet énoncé. Autrement dit, les effets des dispositions ne semblent pas différer de manière importante de l'objet énoncé; si c'était le cas, on pourrait croire à l'existence d'un « motif déguisé » (*Renvoi sur la Loi sur les armes à feu*, au paragraphe 18). Les dispositions contestées visent une catégorie de communications électroniques, à savoir les messages commerciaux, qui est étroitement liée à l'objet des dispositions, qui consiste à protéger le commerce électronique. Les dispositions n'ont pas d'effet sur l'envoi de messages électroniques dont on ne peut raisonnablement affirmer qu'ils visent à promouvoir la participation à une activité commerciale. Ainsi, la thèse de l'appelante selon laquelle [TRADUCTION] « le "véritable objet" de la Loi consiste à réglementer les messages non sollicités de manière générale » est réfutée (mémoire de l'appelante sur les questions constitutionnelles, par. 81, souligné et en gras dans l'original).

[100] Plus précisément, les dispositions contestées réglementent seulement un aspect étroit de la catégorie de messages visés. Elles subordonnent l'envoi de MEC à trois conditions : le consentement exprès ou tacite de l'expéditeur, un mécanisme d'exclusion permettant aux destinataires de retirer leur consentement et l'inclusion de l'identité et des coordonnées de l'expéditeur, de sorte que les destinataires puissent communiquer directement avec ce dernier pour l'informer du retrait de leur consentement, au besoin.

[101] CASL's CEM scheme does not seek to regulate any other aspect of commercial messaging. The impugned scheme in no way affects the terms of any contract of sale that might arise between senders and recipients of CEMs. It does not regulate the content of CEMs other than mandating the inclusion of an unsubscribe mechanism and senders' contact information; marketing and advertising-related content considerations are otherwise unaffected. The scheme does not protect consumers from any unfair business practices beyond the sending of unsolicited commercial messages. Essentially, once recipient consent has been obtained and the few consent-related content requirements satisfied, as far as CASL is concerned, senders of CEMs are at liberty to offer, advertise or promote any form of transaction, act or conduct they wish, in any manner, according to whatever terms they see fit.

[102] Just as the Supreme Court observed of competition in *General Motors*, commercial electronic messaging is "not a single matter, any more than inflation or pollution" (*General Motors*, at page 682). The provinces may deal with commercial messaging in the exercise of their jurisdiction over fields such as consumer protection and marketing. However, if regulation of the narrow aspect of commercial messaging targeted by the impugned provisions constitutes an objective that legitimately falls under federal jurisdiction, then Parliament also has the constitutional authority to legislate with respect to that aspect.

[103] According to the double aspect doctrine "the fact that a matter may for one purpose and in one aspect fall within federal jurisdiction does not mean that it cannot, for another purpose and in another aspect, fall within provincial competence" (*Canadian Western Bank*, at paragraph 30; *Securities Reference*, at paragraph 66). The double aspect doctrine "recognizes that both Parliament and the provincial legislatures can adopt valid legislation on a single subject depending on the perspective from which the legislation is considered, that is, depending on the various 'aspects' of the 'matter' in question" (*Canadian Western Bank*, at paragraph 30). I also note, in this regard, that the impugned scheme does not displace, nor does it substantially duplicate, any existing provincial legislation.

[101] Les dispositions sur les MEC ne visent pas à réglementer d'autres aspects des messages commerciaux. Elles n'ont aucune incidence sur les modalités d'un contrat de vente intervenu entre l'expéditeur des MEC et le destinataire. Elles ne réglementent pas la teneur des MEC, sauf pour obliger l'expéditeur à y inclure un mécanisme d'exclusion ainsi que ses coordonnées. Les aspects relatifs au marketing et à la publicité ne sont pas autrement touchés. Les dispositions ne protègent pas les consommateurs des pratiques déloyales autres que l'envoi de MEC non sollicités. Essentiellement, dès lors que le consentement du destinataire est obtenu et qu'il est satisfait aux quelques conditions imposées quant à la teneur des messages, il est loisible aux expéditeurs de MEC d'offrir, d'annoncer ou de promouvoir toutes sortes d'opérations, d'actes ou de pratiques, sous quelque forme et suivant quelque modalité que ce soit.

[102] Comme le fait observer la Cour suprême au sujet de la concurrence dans l'arrêt *General Motors*, l'envoi de messages électroniques commerciaux « ne constitue pas un seul et même sujet, pas plus que l'inflation ou la pollution » (à la page 682). Les provinces peuvent légiférer en la matière en vertu de leur compétence sur la protection du consommateur et le marketing notamment. Cependant, si la réglementation de l'aspect étroit des messages commerciaux visés par les dispositions contestées constitue un objet qui relève valablement de la compétence fédérale, le législateur dispose également du pouvoir constitutionnel de légiférer en la matière.

[103] Selon la théorie du double aspect « le fait qu'une matière puisse, à une fin et à un égard précis, relever de la compétence fédérale ne signifie pas que cette matière ne peut, à une autre fin et à un autre égard, relever de la compétence provinciale » (*Banque canadienne de l'Ouest*, au paragraphe 30; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 66). Cette théorie « reconnaît que le Parlement et les législatures provinciales peuvent adopter des lois valables sur un même sujet, à partir des perspectives selon lesquelles on les considère, c'est-à-dire selon les "aspects" variés de la "matière" discutée » (*Banque canadienne de l'Ouest*, au paragraphe 30). Signalons aussi à cet égard que les dispositions contestées n'ont pas pour effet d'évincer, ou de dédoubler de manière importante, une loi provinciale.

[104] I wish to address, briefly, the appellant's contention that the impugned scheme intrudes on provincial jurisdiction because its consent formalities "interfere[] with contractual terms" (appellant's constitutional memorandum, at paragraph 81). The specific nature of CASL's alleged contractual interference is not entirely clear, as the appellant provides no explanation or supporting analysis of its argument on this point. Instead, the appellant's single-sentence assertion cites a letter addressed to Industry Canada, authored by one Philip Palmer, a lawyer with expertise on CASL who appeared as a witness before the Parliamentary Standing Committee on Industry, Science and Technology, the body tasked with reporting to Parliament on CASL (JAB, at pages 13913–13914). Mr. Palmer's letter specifically addresses CASL's requirement that all CEMs contain an unsubscribe mechanism. The letter conjures a hypothetical situation where a contract stipulates that a creditor may only move to enforce its legal rights against a debtor after providing notice electronically. Since CASL requires that the creditor's prior electronic messages to the debtor include an unsubscribe mechanism, should the debtor "strategically" utilize this mechanism before the creditor's electronic notice is sent, the debtor "can certainly slow—if not arrest—the triggering of legal enforcement" (JAB, at page 13914). According to Mr. Palmer, this would result in the "frustration of contractual rights" (JAB, at page 13914).

[105] I reject the argument raised (or alluded to) by the appellant in this regard. *Parsons v. Citizens' Insurance Co. of Canada* (1881), 7 App. Cas. 96 (*Parsons*), a foundational case on the scope of the federal trade and commerce power, indeed established that subsection 91(2) "does not comprehend the power to regulate by legislation the contracts of a particular business or trade" (*Parsons*, at page 113; see also *Securities Reference*, at paragraph 75). However, it is clear that CASL's CEM scheme does not regulate the contracts of any particular business or trade. The scheme's effects apply to the exceedingly wide array of businesses and trades that participate in e-commerce. These effects, in any event, do not include, in any meaningful sense, the regulation of contracts nor the frustration of contractual rights.

[104] Abordons brièvement la thèse de l'appelante selon laquelle les dispositions contestées empiètent sur une matière de compétence provinciale, car leurs exigences quant au consentement [TRADUCTION] « ont un effet sur les modalités contractuelles » (mémoire de l'appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 81). La nature des effets n'est pas précisée, l'appelante n'ayant fourni aucune explication ni analyse étayant cet argument. La prétention de l'appelante, énoncée en une seule phrase, renvoie à une lettre adressée à Industrie Canada par M^e Philip Palmer, un avocat qui connaît bien la Loi et qui a comparu devant le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, chargé de faire rapport au Parlement sur la Loi (dossier d'appel conjoint, aux pages 13913 et 13914). Dans sa lettre, M^e Palmer aborde expressément l'obligation pour les MEC de comporter un mécanisme d'exclusion. Il présente le scénario hypothétique suivant : un contrat stipule que le créancier ne peut exercer ses droits contre un débiteur qu'après lui avoir transmis un avis électronique. La Loi oblige les messages électroniques antérieurs du créancier au débiteur de comporter un mécanisme d'exclusion. Si le débiteur recourait de manière « stratégique » à un tel mécanisme avant l'envoi de l'avis, le débiteur [TRADUCTION] « disposerait d'un moyen de ralentir, voire de bloquer, l'exercice des droits » du créancier (dossier d'appel conjoint, à la page 13914). Selon M^e Palmer, il en résulterait [TRADUCTION] « la frustration des droits contractuels » (dossier d'appel conjoint, à la page 13914).

[105] Je rejette cet argument soulevé (ou évoqué) par l'appelante. Suivant l'arrêt *Parsons v. Citizens' Insurance Co. of Canada* (1881) 7 App. Cas. 96 (*Parsons*), une décision de principe sur la portée de la compétence fédérale en matière de trafic et de commerce, le paragraphe 91(2) [TRADUCTION] « ne comprend pas le pouvoir de légiférer pour réglementer les contrats d'un échange ou d'un commerce en particulier » (*Parsons*, à la page 113; voir également le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 75). Or, il est manifeste que les dispositions sur les MEC de la Loi ne réglementent pas les contrats d'un secteur ou d'un commerce en particulier. Ces dispositions ont des effets sur les secteurs et commerces extrêmement variés qui participent au commerce électronique. Quoi qu'il en soit, ces effets n'incluent pas véritablement la réglementation des contrats ni la frustration des droits issus de contrats.

[106] First, I observe that neither CASL's unsubscribe mechanism requirements nor any other facet of CASL's CEM scheme constrains parties' freedom to stipulate in a contract whatever method of communication or notification they wish to take place between them. Secondly, frustration of a contract can only be caused "by something for which neither party was responsible" (*Maritime National Fish Ltd. v. Ocean Trawlers Ltd.*, [1935] A.C. 524, at page 531, [1935] 3 D.L.R. 12 (P.C.) (*Maritime National Fish*)). In Mr. Palmer's hypothetical, the debtor, by unsubscribing from the creditor's messages and precluding notice in the contractually mandated form, created the conditions preventing enforcement of the creditor's contractual rights. The debtor could not then "rely on their own default to excuse them from liability under the contract" (*Maritime National Fish*, at page 531). The debtor remains liable and the creditor retains its legally enforceable rights under the contract. As Mr. Palmer rightly notes, at most, bad-faith use of the unsubscribed mechanism by a contracting party could delay enforcement of contractual rights—it cannot, however, frustrate contractual rights nor alter contractual terms. Accordingly, I am unpersuaded that CASL intrudes on provincial jurisdiction by interfering with contractual terms.

(ii) Follow-through Effects

[107] One practical consequence or follow-through effect of the impugned CEM scheme is to regulate the transmission of some commercial information that takes place entirely within a province. Where this occurs, even the narrow aspect of commercial messaging targeted by CASL's CEM scheme may very well lie within provincial jurisdiction over property and civil rights or local and private matters. This is not, however, fatal to the legislation. Regulation of "purely local" messaging, as the appellant puts it at paragraph 81 of its constitutional memorandum, is merely an incidental or secondary effect of the impugned scheme.

[108] Incidental effects are "effects that may be of significant practical importance but are collateral and secondary to the mandate of the enacting legislature" (*Canadian*

[106] En premier lieu, signalons que ni les obligations quant au mécanisme d'exclusion, ni quelque autre facette de la Loi n'empêchent les parties à un contrat d'y préciser toute méthode de communication ou d'avis voulue. En deuxième lieu, la frustration d'un contrat ne peut découler que [TRADUCTION] « d'une cause attribuable à aucune des parties » (*Maritime National Fish Ltd. v. Ocean Trawlers Ltd.*, [1935] A.C. 524, à la page 531, [1935] 3 D.L.R. 12 (P.C.) (*Maritime National Fish*)). Dans le scénario hypothétique présenté par M^e Palmer, le débiteur, en s'excluant des messages du créancier et en bloquant la transmission de l'avis prévu dans le contrat, aurait créé les conditions empêchant l'exercice des droits contractuels du créancier. Le débiteur ne pourrait alors [TRADUCTION] « exciper de son propre manquement pour se soustraire à la responsabilité au titre du contrat » (*Maritime National Fish*, à la page 531). Le débiteur est responsable, et le créancier conserve les droits que le contrat lui confère. Comme M^e Palmer le signale à bon droit, tout au plus, le recours de mauvaise foi au mécanisme d'exclusion par l'une des parties au contrat serait susceptible de ralentir l'exercice des droits contractuels — il ne saurait cependant frustrer ces droits ou modifier les modalités d'un contrat. Par conséquent, nous ne sommes pas convaincus que la Loi empiète sur un domaine de compétence provinciale en modifiant les modalités de contrats.

(ii) Effets pratiques

[107] Les dispositions contestées ont notamment pour effet pratique de réglementer la transmission intraprovinciale de renseignements commerciaux. Dans de tels cas, il se peut que même l'aspect étroit des messages commerciaux visés par les dispositions sur les MEC de la Loi relève de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils ou sur les matières d'une nature locale ou privée. Cependant, ce n'est pas fatal pour la mesure législative. La réglementation de messages de nature [TRADUCTION] « purement locale », comme le fait valoir l'appelante au paragraphe 81 de son mémoire sur les questions constitutionnelles, n'est qu'un effet accessoire ou secondaire des dispositions contestées.

[108] Par effets accessoires, on entend les « effets de la loi qui peuvent avoir une importance pratique significative mais qui sont accessoires et secondaires au mandat

Western Bank, at paragraph 28 citing *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473, at paragraph 28). Incidental intrusions on provincial jurisdiction are entirely consonant with the modern view of federalism and can be discounted in the division of powers analysis (*Canadian Western Bank*, at paragraph 29). Indeed, “[t]he ‘pith and substance’ doctrine is founded on the recognition that it is in practice impossible for a legislature to exercise its jurisdiction over a matter effectively without incidentally affecting matters within the jurisdiction of another level of government” (*Canadian Western Bank*, at paragraph 29). The dominant purpose or true nature of legislation, rather than its secondary effects, is decisive.

[109] The impugned scheme’s regulation of intraprovincial messaging is incidental to its primary aim of regulating CEMs that by nature do not respect provincial borders and can have a dramatic effect on the national economy. Pursuit of this primary aim made the scheme’s regulation of some intraprovincial messaging unavoidable. The comments made in *General Motors*, at pages 692–693, by Dickson C.J. with respect to section 31.1 of what was then the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 are equally applicable in this case in light of the practical necessities associated with creating a nation-wide CEM scheme:

.... In my view, the fact that federal legislation may have some ramifications on trade carried on solely within one province will not be fatal to the legislation’s validity. Every general enactment will necessarily have some local impact and it would be absurd to strike down legislation for that reason alone. All of the provisions of the *Combines Investigation Act* are open to application on purely intraprovincial transactions. In fact, the *Combines Investigation Act* would not be effective competition legislation if it could not reach intraprovincial activities. The simple fact that s. 31.1 can be applied to transactions occurring entirely within a single province does not undermine the section’s validity.

de la législature qui a édicté la loi » (*Banque canadienne de l’Ouest*, au paragraphe 28 renvoyant à *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473, au paragraphe 28). Les intrusions incidentes dans des matières de compétence provinciale sont tout à fait conformes à la vision moderne du fédéralisme; on peut en faire fi dans l’analyse du partage des compétences (*Banque canadienne de l’Ouest*, au paragraphe 29). En effet, « [l]a doctrine du “caractère véritable” repose sur la reconnaissance de l’impossibilité pratique qu’une législature exerce efficacement sa compétence sur un sujet sans que son intervention ne touche incidemment à des matières relevant de la compétence de l’autre ordre de gouvernement » (*Banque canadienne de l’Ouest*, au paragraphe 29). Ce qui est déterminant est l’objet dominant ou la nature véritable de la loi, et non ses effets secondaires.

[109] La réglementation des messages intraprovinciaux constitue un effet accessoire des dispositions contestées, dont l’objet primaire consiste à réglementer les MEC qui, de par leur nature, ne respectent pas les frontières provinciales et sont susceptibles d’avoir un effet grave sur l’économie nationale. Dans la poursuite de cet objet primaire, il est inévitable que les dispositions contestées réglementent également des messages intraprovinciaux. Les remarques du juge en chef Dickson dans l’arrêt *General Motors*, aux pages 692 et 693, au sujet de l’article 31.1 de ce qui était à l’époque la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, s’appliquent également à la présente espèce, vu la nécessité sur le plan pratique d’un régime national sur les MEC :

[...] À mon avis, le fait qu’une loi fédérale puisse avoir des ramifications sur le commerce dans une seule province ne sera pas fatal à la validité de cette loi. Toute loi générale aura forcément des répercussions locales et il serait absurde d’invalider des lois pour cette seule raison. Toutes les dispositions de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* peuvent s’appliquer à des opérations purement intraprovinciales. D’ailleurs, la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ne serait pas une loi efficace en matière de concurrence si elle ne pouvait viser les activités intraprovinciales. Le simple fait que l’art. 31.1 puisse s’appliquer à des opérations qui se déroulent entièrement dans une seule province ne compromet pas la validité de l’article.

[110] Given the purpose and effects of CASL's CEM scheme set out above, the main thrust of the impugned scheme is to regulate the public's ability to send unsolicited CEMs in order to guard against the threats that such messages can pose to Canada's e-economy.

(3) *Classification: General Motors Test*

[111] Having determined the essential character of the impugned provisions, the CEM scheme must now be classified by reference to the heads of power enumerated in the Constitution Act. This Court must determine whether CASL's CEM scheme is, in particular, a valid exercise of Parliament's jurisdiction over general trade and commerce affecting Canada as a whole. This field of federal competency is particularly susceptible to expansive interpretation that could threaten the constitutional balance of power struck between Canada's federal and provincial governments. However, while an overly broad interpretation could allow Parliament to run roughshod over provincial powers with respect to property and civil rights as well as local matters, failure to give meaningful scope to Parliament's jurisdiction over trade and commerce would be equally detrimental to the integrity of the Constitution's institutional framework (*Securities Reference*, at paragraphs 70–74).

[112] To maintain balance between federal and provincial powers, federal jurisdiction over general trade and commerce is confined to matters that are “genuinely national in scope and qualitatively distinct from those falling under provincial heads of power relating to local matters and property and civil rights” (*Securities Reference*, at paragraph 70). To distinguish such matters from those of a more local nature better suited to provincial regulation, the jurisprudence has developed a five-factor inquiry.

[113] The five *indicia* of valid general trade and commerce legislation were set out by the Supreme Court in *General Motors*. They are as follows: (i) the impugned legislation must be part of a regulatory scheme; (ii) the

[110] Vu l'objet et les effets des dispositions de la Loi sur les MEC décrits plus haut, nous estimons que le caractère véritable de ces dernières consiste à réglementer l'envoi des MEC non sollicités en vue d'atténuer les risques pour la cyberéconomie canadienne susceptibles de découler de tels messages.

3) *Classification : critère de l'arrêt General Motors*

[111] Une fois que le caractère véritable des dispositions contestées est établi, il faut ensuite ranger ces dernières dans l'un ou l'autre chefs de compétence énumérés dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour doit décider si les dispositions sur les MEC, en particulier, représentent un exercice valide de la compétence générale du Parlement en matière de trafic et de commerce à l'échelle du pays. Ce domaine de compétence fédérale est particulièrement sujet à une interprétation large susceptible de rompre l'équilibre établi par la Constitution entre les matières fédérales et les matières provinciales. Or, si une interprétation indument large est susceptible de permettre au Parlement d'empiéter sur les champs de compétence provinciale visant la propriété et les droits civils ainsi que les matières de nature locale, omettre de donner une portée significative à la compétence du Parlement sur le trafic et le commerce nuirait tout autant à l'intégrité du cadre constitutionnel (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, aux paragraphes 70 à 74).

[112] Pour assurer l'équilibre entre les pouvoirs fédéraux et les pouvoirs provinciaux, il convient de circonscrire la compétence fédérale générale sur le trafic et le commerce aux matières « d'une nature véritablement nationale et différente sur le plan qualitatif de celles qui sont visées par les chefs de compétence provinciale intéressant les matières locales ainsi que la propriété et les droits civils » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 70). Pour distinguer ces matières de celles ayant une nature locale se prêtant davantage à la réglementation provinciale, la jurisprudence a élaboré une analyse comportant cinq facteurs.

[113] La Cour suprême énonce dans l'arrêt *General Motors* les cinq indices de validité d'une loi réglementant le trafic et le commerce ainsi : (i) la mesure législative contestée doit s'inscrire dans un système général de

scheme must be monitored by the continuing oversight of a regulatory agency; (iii) the legislation must be concerned with trade as a whole rather than with a particular industry; (iv) the legislation should be of a nature that provinces jointly or severally would be constitutionally incapable of enacting; and (v) the failure to include one or more provinces or localities in a legislative scheme would jeopardize the successful operation of the scheme in other parts of the country (*Kirkbi*, at paragraph 17 citing *General Motors*, at page 662).

[114] The five *General Motors indicia* are hallmarks of a valid exercise of Parliament's general trade and commerce power. However, the list of criteria is non-exhaustive, and failure to meet all five is not necessarily fatal to federal legislation (*Kirkbi*, at paragraph 17). As the Supreme Court stated in *General Motors*, the five *indicia* simply offer a "principled way" of conducting the analysis, "a preliminary check-list of characteristics, the presence of which in legislation is an indication of validity under the trade and commerce power" (*General Motors*, at pages 662 and 663).

[115] The appellant concedes that the impugned CEM scheme meets the first two *indicia* regarding the existence of a regulatory scheme under the oversight of a regulatory agency (Constitutional Decision, at paragraph 53). I therefore proceed to the third step of the test.

- (a) *General Motors* Test (iii) Is the Legislation Concerned with Trade as a Whole?

[116] The third *General Motors indicium* is the legislation must be concerned with trade as a whole rather than with a particular industry. I accept the CRTC's assessment, at paragraphs 56–57 of its Constitutional Decision, that e-commerce has become a pillar of Canada's national economy, one that transcends industries, sectors and categories of market participants as well as provincial borders. Email, which is similarly borderless, is integral to

réglementation; (ii) le système doit faire l'objet d'une surveillance constante par un organisme de réglementation; (iii) la mesure législative doit porter sur le commerce dans son ensemble plutôt que sur un secteur en particulier; (iv) la mesure doit être d'une nature telle que la Constitution n'habilitait pas les provinces, conjointement ou séparément, à l'adopter; (v) l'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités dans le système législatif compromettrait l'application de ce système dans d'autres parties du pays (*Kirkbi*, au paragraphe 17 renvoyant à *General Motors*, à la page 662).

[114] La présence des cinq facteurs énoncés dans l'arrêt *General Motors* indique un exercice valide de la compétence générale du Parlement en matière de trafic et de commerce. Toutefois, cette liste n'est pas exhaustive, et l'absence d'un facteur n'est pas forcément fatale à la mesure législative fédérale (*Kirkbi*, au paragraphe 17). Comme l'affirme la Cour suprême dans l'arrêt *General Motors*, les cinq indices constituent simplement une « façon ordonnée » d'aborder l'analyse, c'est-à-dire « une liste préliminaire de contrôle de caractéristiques dont l'existence dans la mesure législative est un indice de sa validité en vertu de la compétence en matière [de trafic] et de commerce » (*General Motors*, aux pages 662 et 663).

[115] Comme l'appelante admet que les dispositions sur les MEC contestées satisfont aux deux premiers indices de validité, à savoir l'appartenance à un système général de réglementation faisant l'objet d'une surveillance constante par un organisme de réglementation (décision sur la constitutionnalité, au paragraphe 53), passons au troisième volet de l'analyse.

- a) Critère de l'arrêt *General Motors* (iii) la mesure législative porte-t-elle sur le commerce dans son ensemble?

[116] Suivant le troisième indice du critère de l'arrêt *General Motors*, la mesure législative doit concerner le commerce dans son ensemble et non un secteur en particulier. J'accepte la conclusion du CRTC, énoncée aux paragraphes 56 et 57 de sa décision sur la constitutionnalité, selon laquelle le commerce électronique est devenu un pilier de l'économie nationale, qui transcende les secteurs et les catégories de participants au marché économique ainsi

the functioning of the e-economy for the reasons stated at paragraph 57 of the Constitutional Decision.

[117] Unsolicited emails can carry a number of electronic threats, “such as phishing attacks, malware, botnets (malware that is controlled remotely), identity theft, and online scams.” (Constitutional Decision, at paragraph 61). The record shows that the potential of CEMs to transmit such pernicious contents has both direct and indirect costs on businesses, necessitating investments in anti-spam filters and other security solutions, giving rise to help desk costs and causing lost productivity as well as wasted storage and server capacity. Realization of the threats that can accompany CEMs would also impair, in a far more drastic way, the ability of businesses or individuals—depending on the victim of the attack—to use electronic means to carry out commercial activities. Unsolicited CEMs, both because they are potential vehicles for electronic threats and because they are often unwanted and irritating, also undermine consumer confidence in e-commerce (Canada, Task Force on Spam, *Stopping Spam: Creating a stronger, safer Internet*, (Ottawa: Industry Canada, May 2005) (Task Force on Spam Report); JAB, at page 11905; OECD, Directorate for Science, Technology and Industry, Committee on Consumer Policy and Committee for Information, Computer and Communications Policy, *Report of the OECD Task Force on Spam: Anti-Spam Toolkit of Recommended Policies and Measures*, OECD Digital Economy Papers No 114, DSTI/CP/ICCP/SPAM(2005)3/FINAL (April 2006); JAB, at page 12617).

[118] These deleterious effects associated with unsolicited CEMs threaten e-commerce in Canada. The impugned scheme regulates the sending of unsolicited CEMs to defend against these threats. Once it is accepted that

que les frontières provinciales. Le courriel, qui transcende aussi les frontières, est essentiel au fonctionnement de la cyberéconomie pour les motifs énoncés au paragraphe 57 de la décision sur la constitutionnalité.

[117] Les courriels non sollicités sont susceptibles de véhiculer des menaces en ligne, « telles que les attaques d’hameçonnage, les logiciels malveillants, les réseaux de zombies (logiciels malveillants qui sont contrôlés à distance), les vols d’identité et les escroqueries en ligne » (décision sur la constitutionnalité, au paragraphe 61). Le dossier révèle que la faculté des MEC de transmettre pareil contenu pernicieux entraîne des coûts directs et indirects pour les entreprises, contraintes d’investir dans des solutions de sécurité comme des filtres antipourriel, ce qui fait augmenter les frais reliés aux services de dépannage informatique, réduit la productivité et accapare la capacité de stockage des données et la capacité des serveurs. Si les menaces qu’emportent les MEC se concrétisent, la capacité des entreprises et des particuliers — selon la victime de l’attaque — d’utiliser des moyens électroniques de réaliser des activités commerciales serait également sérieusement entravée. Les MEC non sollicités, tant parce qu’ils peuvent être un véhicule pour des menaces électroniques que parce qu’ils arrivent souvent sans qu’on les ait sollicités et qu’ils sont irritants, minent la confiance des consommateurs à l’égard du commerce électronique (Canada, Groupe de travail sur le pourriel, *Freinons le pourriel : Créer un Internet plus fort et plus sécuritaire* (Ottawa : Industrie Canada, mai 2005) (rapport du Groupe de travail sur le pourriel); dossier d’appel conjoint, à la page 11905; OCDE, Direction de la Science, de la technologie et de l’innovation, Comité de la politique à l’égard des consommateurs et Comité de la politique de l’information, de l’informatique et des communications, *Rapport du Groupe de réflexion sur le spam de l’OCDE : Boîte à outils anti-spam de politiques et mesures recommandées*, document de l’OCDE sur l’économie du numérique n° 114, DSTI/CP/ICCP/SPAM(2005)3/FINAL (le 19 mai 2006); dossier d’appel conjoint, à la page 12617).

[118] Ces effets délétères des MEC non sollicités nuisent au commerce électronique au Canada. Les dispositions contestées réglementent l’envoi de MEC non sollicités pour contrer de telles menaces. Une fois qu’on accepte

e-commerce permeates Canada’s economy and is not confined to any specific industry or sector—and I do not perceive the appellant as seriously contesting this proposition—it must follow that the impugned legislation is concerned with trade as a whole and thus satisfies the third *General Motors indicium*.

[119] The appellant, however, draws a parallel between CASL’s CEM scheme and the federal securities scheme found to be *ultra vires* Parliament in the *Securities Reference*. Just as the latter act reached into “all aspects of contracts for securities within the provinces” and would have triggered the “wholesale displacement of provincial regulation”, CASL’s CEM scheme, according to the appellant, “reaches into the day-to-day regulation of messaging, also regulated by provincial consumer protection, privacy and marketing laws” (appellant’s constitutional memorandum, at paragraph 82).

[120] The appellant’s argument must be rejected, and the *Securities Reference* distinguished from the present case, on two grounds. First, unlike the abortive Securities Act [Proposed Canadian Securities Act, Order in Council P.C. 2010-667], the impugned CEM scheme does not engage in the detailed regulation of an industry. Secondly, it is not clear that the CEM scheme displaces existing provincial legislation.

[121] The Securities Act fell outside Parliament’s constitutional purview over general trade and commerce because the legislation descended into the day-to-day regulation of a specific industry—the securities industry (*Securities Reference*, at paragraph 123). The Supreme Court found that the act “would regulate *all* aspects of contracts for securities within the provinces, including *all* aspects of public protection and professional competence within the provinces” (*Securities Reference*, at paragraph 122, emphasis in original). The act was thus an “attempt to take over regulation of the entirety of the securities trade in Canada” (*Securities Reference*, at paragraph 126).

que le commerce électronique a infiltré l’économie canadienne dans son ensemble, et non un seul secteur — non pas que l’appelante conteste sérieusement pareille thèse —, il s’ensuit que la loi contestée intéresse le commerce dans son ensemble. Il est donc satisfait au troisième indice du critère de l’arrêt *General Motors*.

[119] Or, l’appelante établit un parallèle entre les dispositions de la Loi sur les MEC et le projet de loi fédéral sur les valeurs mobilières dont la Cour suprême, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, a affirmé qu’il ne relevait pas de la compétence fédérale. Tout comme cette dernière mesure a infiltré [TRADUCTION] « tous les aspects des contrats sur les valeurs mobilières » et aurait « évincé le réglementation provinciale dans son ensemble », les dispositions de la Loi sur les MEC « intéresse la réglementation courante des messages, qui tombe également sous le coup de la législation provinciale en matière de protection du consommateur, de la protection des renseignements personnels et de marketing » (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 82).

[120] Il faut rejeter l’argument de l’appelante et distinguer le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières* de la présente affaire, et ce pour deux motifs. En premier lieu, contrairement à la Loi sur les valeurs mobilières avortée [*Proposition concernant une loi canadienne intitulée Loi sur les valeurs mobilières*, décret C.P. 2010-667], les dispositions sur les MEC ne réglementent pas un seul secteur par le menu. En second lieu, il n’est pas évident que les dispositions sur les MEC évincent effectivement la réglementation provinciale.

[121] La *Loi sur les valeurs mobilières* excédait le pouvoir général du Parlement en matière de trafic et de commerce, parce qu’elle visait la réglementation courante d’un secteur en particulier, à savoir le secteur des valeurs mobilières (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 123). Pour citer la Cour suprême, « la Loi régirait à l’échelle provinciale *tous* les aspects des contrats portant sur les valeurs mobilières, y compris la protection du public et la compétence professionnelle dans les provinces » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 122, italiques dans l’original). La loi constituait ainsi une « tentative du gouvernement fédéral

[122] The appellant's analogy between the Securities Act and CASL's CEM scheme is ill suited in this regard. In the first place, the impugned CEM scheme does not regulate all messaging, but only one specific type—commercial messaging. It furthermore targets only a narrow aspect of this type of messaging, leaving ample room for provincial regulation of CEMs, including in the areas of consumer protection, privacy and marketing mentioned by the appellant. Further still, “messaging”, or, more properly, “commercial messaging”, is not a discrete economic industry in the same way as the trade in securities. E-commerce transcends industries and permeates the economy, meaning that CASL's CEM scheme regulates a specific aspect of many industries, rather than all aspects of a specific industry, as with the Securities Act. The current inquiry centers on whether that specific aspect falls within the federal domain. The appellant's strained analogy with the scuttled Securities Act does not support, let alone compel, a negative finding on this question.

[123] In contrast to CEM regulation and CASL, moreover, securities regulation was an area in which the provinces had been deeply engaged for many years prior to the Securities Act. At the time of the *Securities Reference*, every province and territory already possessed its own securities laws and regulatory agency (*Securities Reference*, at paragraphs 41, 101 and 115). Provinces were required to suspend their own securities laws as a prerequisite to joining the federal regime. The effect of the Securities Act was therefore to “duplicate and displace the existing provincial and territorial securities regimes, replacing them with a new federal regulatory scheme” (*Securities Reference*, at paragraph 106). In contrast, as the CRTC noted at paragraphs 46 and 66 of its Constitutional Decision, no pre-CASL provincial legislation existed addressing the sending of unsolicited CEMs and related e-threats. Accordingly, displacement of provincial legislation is

de réglementer tout le commerce des valeurs mobilières au Canada » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 126).

[122] L'analogie établie par l'appelante entre la *Loi sur les valeurs mobilières* et les dispositions de la Loi sur les MEC ne convient pas. Premièrement, les dispositions contestées réglementent non pas tous les messages, mais seuls certains types, à savoir les messages commerciaux. Deuxièmement, elles ne visent qu'un aspect limité de ce type de messages, ce qui laisse amplement de jeu aux provinces pour réglementer les MEC, notamment à l'égard des aspects mentionnés par l'appelante que sont la protection des consommateurs, la protection des renseignements personnels et le marketing. Troisièmement, les « messages » ou, plus précisément, les « messages commerciaux » ne constituent pas un secteur économique distinct comme c'était le cas pour le marché des valeurs mobilières. Le commerce électronique transcende les secteurs et a infiltré tous les domaines de l'économie. Ainsi, les dispositions de la Loi sur les MEC réglemente un aspect en particulier de nombreux secteurs, et non pas tous les aspects d'un seul secteur, comme c'était le cas de la *Loi sur les valeurs mobilières*. L'analyse actuelle consiste à décider si cet aspect relève d'un champ de compétence fédérale. L'analogie bancal avec la *Loi sur les valeurs mobilières*, dont le projet a été abandonné, n'étaye pas, et emporte encore moins, une réponse négative à cette question.

[123] En outre, les provinces avaient consacré d'énormes efforts pendant de nombreuses années avant la *Loi sur les valeurs mobilières* à la réglementation des valeurs mobilières, ce qui n'est pas le cas de la réglementation des MEC et de la Loi. Au moment du *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, chaque province et territoire possédait déjà sa propre législation sur les valeurs mobilières et son propre organisme de réglementation (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphes 41, 101 et 115). Il aurait fallu, pour adhérer au régime fédéral, que les provinces suspendent l'application de leurs lois. La *Loi sur les valeurs mobilières* aurait eu pour effet « de dédoubler et d'évincer les régimes provinciaux et territoriaux de réglementation des valeurs mobilières actuels, pour les remplacer par un nouveau régime de réglementation fédéral » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 106). En revanche,

not a factor in the present case as it was in the *Securities Reference*. The appellant's failure to point to any specific examples of displacement belies its attempt to analogize between the Securities Act's "wholesale displacement of provincial regulation" and the effects of CASL (appellant's constitutional memorandum, at paragraph 82).

(b) *General Motors Test* (iv) Are the Provinces Incapable of Enacting the Legislation?

[124] The fourth *indicium* of valid general trade and commerce legislation is that the provinces, jointly or severally, would be constitutionally incapable of enacting it. I find CASL's CEM scheme satisfies this *indicium* as well. It may be that the provinces, acting in concert, possess the constitutional capacity to enact uniform legislation regulating unsolicited CEMs. However, as the CRTC recognized at paragraph 70 of its Constitutional Decision, there can be no assurance that the provinces could address these issues on a sustained basis because the provinces retain the unfettered ability of resiling from any interprovincial scheme. The Supreme Court's rationale for the provinces' inability to achieve the national aims of the federal securities scheme in the *Securities Reference* applies equally with respect to CASL: "[t]he provinces' inherent prerogative to resile from an interprovincial scheme ... limits their constitutional capacity to achieve the truly national goals of the proposed federal Act" (*Securities Reference*, at paragraph 120). The provinces' sovereignty with respect to future legislative action makes CASL's CEM scheme "qualitatively different from what the provinces, acting alone or in concert, could achieve" (*Securities Reference*, at paragraph 121).

comme le fait remarquer le CRTC aux paragraphes 46 et 66 de sa décision sur la constitutionnalité, aucune législation provinciale régissant l'envoi de MEC non sollicités et les menaces en ligne connexes ne précède l'adoption de la Loi. Par conséquent, l'évincement de la législation provinciale existante ne joue pas en l'espèce comme il jouait dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*. L'absence d'exemples concrets d'évincement contredit l'analogie invoquée par l'appelante entre l'effet de la *Loi sur les valeurs mobilières* [TRADUCTION] « évinçant l'ensemble de la réglementation provinciale sur les valeurs mobilières » et ceux de la Loi (mémoire de l'appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 82).

b) Critère de l'arrêt *General Motors* (iv) Les provinces sont-elles incapables de légiférer?

[124] Suivant le quatrième indice de validité d'une loi relevant du pouvoir général en matière de trafic et de commerce, la Constitution n'habilitait pas les provinces, conjointement ou séparément, à l'adopter. J'estime que les dispositions de la Loi sur les MEC satisfont également à ce critère. Il se peut que la Constitution habilite les provinces à adopter de concert une loi uniforme réglementant les MEC non sollicités. Or, comme le reconnaît le CRTC au paragraphe 70 de sa décision sur la constitutionnalité, rien ne garantit que les provinces pourraient traiter à long terme de telles questions, car elles conservent la possibilité de retirer leur adhésion à tout régime interprovincial. Le raisonnement avancé par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières* — quant à l'incapacité des provinces de réaliser les objectifs nationaux visés par un régime fédéral de valeurs mobilières — s'applique tout autant à la Loi en l'espèce : « [l]a prérogative inhérente à toute province de refuser d'adhérer à un régime interprovincial [...] limite, sur le plan constitutionnel, la faculté de chacune de réaliser les objectifs véritablement nationaux de la loi fédérale proposée » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 120). La souveraineté des provinces en matière d'action législative future fait que les dispositions de la Loi sur les MEC « diff[èrent], du point de vue qualitatif, du fruit d'une action provinciale concertée ou non » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 121).

(c) *General Motors Test* (v) Would a Province's Failure to Join Jeopardize the Scheme?

[125] The final *General Motors indicium* is that the failure to include one or more provinces in the legislative scheme would jeopardize its successful operation in other parts of the country. I am mindful, here, of the Supreme Court's direction in the *Securities Reference* that this factor "should not be read as introducing an inquiry into what would be the best resolution in terms of policy" and "[t]he test is not which jurisdiction — federal or provincial — is thought to be best placed to legislate regarding the matter in question" (*Securities Reference*, at paragraph 90). Rather, the focus of the inquiry remains on determining whether the matters in question "are essential in the national interest, transcend provincial interests and are truly national in importance and scope" (*Securities Reference*, at paragraph 90). I find the regulation of unsolicited CEMs is such a matter.

[126] When it comes to the genuinely national goals of safeguarding the digital economy from electronic threats that could easily emanate from, and visit their deleterious effects on, any place in the country, federal regulation is essential. If one province were to have more lenient laws respecting unsolicited CEMs, spammers using cloud computing or other methods could easily arrange to disseminate their CEMs from servers located in that province (JAB, at page 11414). This would fundamentally handicap any interprovincial scheme aimed at guarding Canada's e-economy from the online threats associated with unsolicited CEMs. In this way, a federal regime, such as the impugned CEM scheme, is "qualitatively different from a voluntary interprovincial scheme" (*Securities Reference*, at paragraph 123).

[127] The rationale for federal legislation on spam mirrors the justification for federal regulation of competition

c) Critère de l'arrêt *General Motors* (v) l'omission d'inclure une province compromettrait-elle le système?

[125] Selon le dernier indice du critère de l'arrêt *General Motors*, l'absence d'une ou de plusieurs provinces du régime légal compromet-elle l'application de ce dernier dans d'autres parties du pays? Je rappelle ici les directives données par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, suivant lesquelles « il ne faut pas considérer que ce critère a pour effet d'obliger le tribunal à se demander quelle politique constitue le choix optimal » et « [i]l ne s'agit pas de déterminer quel ordre de gouvernement — fédéral ou provincial — est considéré comme étant le mieux placé pour légiférer en la matière » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 90). L'analyse doit plutôt porter sur la question de savoir si les matières en question « sont essentiel[le]s dans l'intérêt national, transcendent les intérêts provinciaux et revêtent une importance et une portée véritablement nationales » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 90). À mon avis, la réglementation des MEC non sollicités ressortit à de telles matières.

[126] En ce qui a trait à l'objectif véritablement national qu'est la protection de la cyberéconomie des menaces en ligne susceptibles d'émaner de toute localité au pays ou d'avoir des effets délétères sur toute localité, la réglementation fédérale s'impose. Si une province adoptait des lois plus laxistes qu'une autre sur les MEC non sollicités, les expéditeurs de pourriels pourraient facilement, par le truchement de l'infonuagique ou d'autres méthodes, transmettre leurs MEC à partir de serveurs situés dans cette province (dossier d'appel conjoint, à la page 11414). Tout régime interprovincial voué à la protection de la cyberéconomie canadienne contre les menaces que présentent les MEC non sollicités serait alors fondamentalement entravé. Ainsi, un régime fédéral, comme les dispositions sur les MEC contestées, « différerait, au plan qualitatif, d'un régime interprovincial à participation volontaire » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 123).

[127] La justification qui sous-tend la législation fédérale régissant les pourriels est la même que celle qui

endorsed by the Supreme Court in *General Motors*. Any corporation “has the capacity to ‘walk across’ provincial boundaries in order to buy or sell, lend or borrow, hire or fire”, meaning there is a virtual “absence of artificial impediments” with respect to competition. Consequently, “the market for goods and services is competitive on a national basis, and provincial legislation cannot be an effective regulator” (*General Motors*, at page 679). The artificial impediments of provincial borders are similarly irrelevant when speaking of the internet, email, and the digital economy. In fact, relative to corporations, spammers may enjoy an even greater facility for transcending provincial borders in order to conduct their activities. In these circumstances, provincial legislation is simply inadequate to the task of regulating unsolicited CEMs.

[128] Finally, I wish to briefly address the appellant’s assertion that “CASL’s field of regulation lacks the ‘singleness, distinctiveness and indivisibility that clearly distinguish it from matters of provincial concern’”, and the appellant’s criticism of the CRTC for bypassing this analysis (appellant’s constitutional memorandum, at paragraph 82, note 116). The test cited by the appellant is the test for assessing whether an issue qualifies as a matter of national concern under the national concern doctrine of Parliament’s peace, order and good government (POGG) power (*R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401 [at pages 432–433], (1988), 49 D.L.R. (4th) 161, at page 184). Parliament’s POGG power is not the basis on which the respondent has argued the validity of CASL’s CEM scheme. In the context of Parliament’s power over general trade and commerce, the question of whether matters are “genuinely national in scope and qualitatively distinct from those falling under provincial heads of power” [*Securities Reference*, at paragraph 70] is assessed through the five *General Motors* indicia of validity—a test tailored to assess validity under this particular head of power (*General Motors*, at pages 678 and 680; *Kirkbi*, at paragraph 16; *Securities Reference*, at paragraph 109). The appellant’s allusion to the national concern test is misguided, and the CRTC did not err in eschewing this analysis.

sous-tendait la réglementation fédérale de la concurrence et que la Cour suprême a acceptée dans l’arrêt *General Motors*. Une société « peut traverser les frontières provinciales pour acheter ou vendre, prêter ou emprunter, engager ou congédier », c’est-à-dire qu’il y a à toutes fins utiles « absence de barrières artificielles » en matière de concurrence. Par conséquent, « le marché des biens et des services est concurrentiel à l’échelle nationale et les lois provinciales ne peuvent servir de mécanisme de réglementation efficace » (*General Motors*, à la page 679). Les barrières artificielles que sont les frontières provinciales ne jouent pas non plus lorsqu’il est question de l’internet, du courriel et de la cyberéconomie. En fait, il est peut-être plus facile encore pour les expéditeurs de pourriels que pour les sociétés de traverser les frontières provinciales pour mener leurs activités. Dans de telles circonstances, la législation provinciale n’est tout simplement pas à la hauteur lorsqu’il s’agit de réglementer les MEC non sollicités.

[128] Enfin, abordons l’hypothèse de l’appelante selon laquelle [TRADUCTION] « le champ que réglemente la Loi est dépourvu des aspects uniques, distincts et indivisibles qui le distinguent manifestement des matières de compétence provinciale » et sa critique à l’égard du CRTC pour avoir fait fi d’une telle analyse (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, aux paragraphes 82, note 116). Le critère avancé par l’appelante sert à décider si une question a un intérêt national et relève du pouvoir conféré au Parlement en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement (*R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401 [aux pages 432–433], 1988 CanLII 63). L’intimé n’a pas invoqué les pouvoirs du Parlement en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement pour défendre la validité des dispositions de la Loi sur les MEC. En ce qui a trait à la compétence générale du Parlement sur le trafic et le commerce, la question de savoir si les matières sont « d’une nature véritablement nationale et différente sur le plan qualitatif de celles qui sont visées par les chefs de compétence provinciale » [*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 70] est examinée à la lumière des cinq indices de validité énoncés dans l’arrêt *General Motors* — un critère établi expressément pour déterminer si une loi relève de ce chef de compétence — (*General Motors*, aux pages 678 et 680; *Kirkbi*, au paragraphe 16; *Renvoi relatif*

[129] Based on the above, I find CASL's CEM scheme is a valid exercise of Parliament's power over general trade and commerce affecting Canada as a whole pursuant to the second branch of subsection 91(2) of the Constitution Act.

B. Is CASL's Infringement of Paragraph 2(b) of the Charter Justified under Section 1?

[130] In the normal course, a paragraph 2(b) Charter analysis begins by determining whether the activity in question constitutes expression for the purposes of paragraph 2(b) by either conveying meaning or attempting to do so. It must then be determined whether the impugned law restricts that expression (*R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45 (*Sharpe*), at paragraphs 147–148). However, the respondent concedes that CEMs fall within the scope of activity protected under paragraph 2(b), that the purpose of the impugned provisions is to restrict that activity and that the impugned provisions therefore infringe freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter (respondent's constitutional memorandum, at paragraphs 34–35). This concession is reasonable given the well-established view that commercial expression warrants constitutional protection (see, for example, *Sharpe*, at paragraphs 143–144; *R. v. Guignard*, 2002 SCC 14, [2002] 1 S.C.R. 472 (*Guignard*), at paragraph 21; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, (1988), 54 D.L.R. (4th) 577 (*Ford*); *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at page 971, (1989), 58 D.L.R. (4th) 577 (*Irwin Toy*)). I therefore proceed straight to the section 1 analysis.

[131] As a preliminary matter, section 1 requires that a limit on a Charter right or freedom be “prescribed by law”. Next, it must be determined whether the objective of the impugned measures is pressing and substantial, or, in other words, sufficiently important to warrant limiting

à la *Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 109). L'appelante fait allusion à tort à la théorie de l'intérêt national. Le CRTC n'a donc pas fait erreur en faisant fi de cette analyse.

[129] Vu ce qui précède, je conclus que les dispositions de la Loi sur les MEC représentent un exercice valide du pouvoir général en matière de trafic et de commerce du Parlement qui touche le Canada dans son ensemble et est visé par le second volet du paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

B. L'infraction à l'alinéa 2b) de la Charte est-elle justifiée au regard de l'article premier?

[130] Habituellement, pour effectuer une analyse fondée sur l'alinéa 2b) de la Charte, il faut commencer par déterminer si l'activité en question constitue de l'expression au sens de l'alinéa 2b) de la Charte, c'est-à-dire si elle consiste à transmettre un message ou à tenter de le faire. Il faut ensuite déterminer si la disposition contestée restreint cette expression (*R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45 (*Sharpe*), au paragraphes 147 et 148). Cela dit, l'intimé reconnaît que les MEC constituent une activité protégée par l'alinéa 2b), que l'objet des dispositions contestées consiste à restreindre cette activité et que les dispositions contestées par conséquent portent atteinte à la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la Charte (mémoire de l'intimé sur les questions constitutionnelles, aux paragraphes 34 et 35). Cette concession est raisonnable étant donné le point de vue bien établi selon lequel l'expression commerciale est constitutionnellement protégée (voir par exemple les arrêts *Sharpe*, aux paragraphes 143 et 144; *R. c. Guignard*, 2002 CSC 14, [2002] 1 R.C.S. 472 (*Guignard*), au paragraphe 21; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 1988 CanLII 19 (*Ford*); *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la page 971, 1989 CanLII 87 (*Irwin Toy*)). Par conséquent, je passerai directement à l'analyse fondée sur l'article premier.

[131] À titre préliminaire, l'analyse fondée sur l'article premier exige que la restriction du droit ou de la liberté garantis par la Charte soit apportée « par une règle de droit ». Ensuite, il faut déterminer si les mesures contestées ont un objectif urgent et réel ou, en d'autres mots, un objectif

a Charter right. The three prongs of the proportionality analysis then require (1) a rational connection between the restricting measures and the measures' objective; (2) that the impugned measures impair the right or freedom as little as possible; and (3) overall proportionality between the benefits of the impugned measures and the deleterious effects to which they give rise (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, (1986), 26 D.L.R. (4th) 200 (*Oakes*); *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, (1994), 120 D.L.R. (4th) 12; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, (1998), 159 D.L.R. (4th) 385 (*Thomson Newspapers* 1998)).

(1) *Is the Limit "Prescribed by Law"?*

[132] The analysis of whether a limitation is "prescribed by law" has two elements: the limit must be a duly enacted "law", and it must be "prescribed", meaning the law must be sufficiently precise and accessible (*Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295 (*Vancouver Transportation Authority*), at paragraph 50).

[133] The preceding division of powers analysis established that CASL was validly enacted by Parliament pursuant to the general trade and commerce power under subsection 91(2) of the Constitution Act. CASL is therefore duly enacted law.

[134] Next, it must be determined whether CASL is sufficiently precise to meet the "prescribed" requirement. The purpose of this requirement is twofold. First, it allows people subject to the law to know what the law prohibits so they can regulate their conduct accordingly. Secondly, precise laws provide guidance with respect to their enforcement and thereby limit arbitrary government action (*Vancouver Transportation Authority*, at paragraph 50). The Charter-limiting measure must present an intelligible standard to both the public and those charged with applying the law.

suffisamment important pour justifier la restriction d'un droit garanti par la Charte. Les trois volets de l'analyse de la proportionnalité à effectuer ensuite sont les suivants : 1) il doit y avoir un lien rationnel entre les mesures restrictives et l'objectif des mesures; 2) les mesures contestées doivent porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question; 3) il doit y avoir dans l'ensemble proportionnalité entre les avantages apportés par les mesures contestées et les effets préjudiciables qui en découlent (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 1986 CanLII 46 (*Oakes*); *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 1994 CanLII 39; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, 1998 CanLII 829 (*Thomson Newspapers* 1998)).

1) *La liberté est-elle restreinte « par une règle de droit »?*

[132] L'analyse applicable à la question de savoir si une restriction est apportée « par une règle de droit » comporte deux volets : la restriction doit constituer une règle de droit adoptée en bonne et due forme, et elle doit être suffisamment précise et accessible pour constituer une règle de droit (*Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295 (*Vancouver Transportation Authority*), au paragraphe 50).

[133] L'analyse sur le partage des compétences effectuée plus haut a montré que le législateur a adopté la Loi de manière légitime au titre de son pouvoir en matière de réglementation du trafic et du commerce prévu au paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Loi a donc été adoptée en bonne et due forme.

[134] Ensuite, il faut déterminer si la Loi est suffisamment précise pour satisfaire au second volet de l'analyse. L'exigence de ce second volet vise un double objectif. En premier lieu, elle permet aux personnes visées par la règle de droit de savoir ce que celle-ci interdit pour qu'elles puissent ajuster leur conduite en conséquence. En deuxième lieu, la précision donne des indications sur la façon dont la règle de droit doit être appliquée, ce qui fait obstacle aux mesures arbitraires de l'État (*Vancouver Transportation Authority*, au paragraphe 50). La disposition restreignant une liberté ou un droit garantis par la

[135] The case law makes clear that “a liberal approach to the precision requirement” is appropriate and “the standard is not an onerous one” (*Vancouver Transportation Authority*, at paragraph 54; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at pages 94–97, (1991), 82 D.L.R. (4th) 321 (*Osborne*)). An impugned law will not fail this stage unless it “is so obscure as to be incapable of interpretation with any degree of precision using the ordinary tools” (*Osborne*, at page 94).

[136] A corollary to the requirement that laws be sufficiently precise is that laws must not be impermissibly vague. The doctrine of vagueness was discussed by the Supreme Court in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, (1992), 93 D.L.R. (4th) 36 (*Nova Scotia Pharmaceutical Society*). The Court stated at paragraph 38 [at page 630 S.C.R.] that only a law exhibiting “the most serious degree of vagueness” would fail the “limit prescribed by law” hurdle. The Court described an unconstitutionally vague law at paragraph 64 in the following terms [at pages 639–640 of S.C.R.]:

A vague provision does not provide an adequate basis for legal debate, that is, for reaching a conclusion as to its meaning by reasoned analysis applying legal criteria. It does not sufficiently delineate any area of risk, and thus can provide neither fair notice to the citizen nor a limitation of enforcement discretion. Such a provision is not intelligible, to use the terminology of previous decisions of this court, and therefore it fails to give sufficient indications that could fuel a legal debate. It offers no grasp to the judiciary. This is an exacting standard...

[137] With these principles in mind, I now turn to the impugned legislation. The appellant argues that CASL’s key definitions are open-ended and fail to delineate a legal zone of risk (appellant’s constitutional memorandum, at paragraph 40). The appellant implicates two of CASL’s defined terms in particular: “commercial activity” in

Charte doit être présentée de façon intelligible tant pour le public que pour les agents chargés de son application.

[135] La jurisprudence établit clairement qu’il convient d’interpréter « l’obligation de précision de manière libérale » et que « la norme n’est pas stricte » (*Vancouver Transportation Authority*, au paragraphe 54; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, aux pages 94 à 97, 1991 CanLII 60 (*Osborne*)). La règle de droit contestée ne sera invalidée à cette étape que si elle est « si obscur[e] que les méthodes ordinaires ne permettent pas de lui donner une interprétation le moins exactement » (*Osborne*, à la page 94).

[136] Le pendant de l’obligation voulant que les règles de droit soient suffisamment précises est que celles-ci ne peuvent pas être d’une imprécision inacceptable. Le principe de l’imprécision a été examiné par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 1992 CanLII 72 (*Nova Scotia Pharmaceutical Society*). La Cour y a déclaré au paragraphe 38 [aux pages 630 et 631 du R.C.S.] que seule la disposition présentant le « degré le plus grave de l’imprécision » ne satisferait pas à l’exigence de la « restriction prescrite “par une règle de droit” ». La Cour a décrit ce en quoi consiste une disposition inconstitutionnellement imprécise au paragraphe 64, dans les termes ci-après [aux pages 639 et 640 du R.C.S.] :

Une disposition imprécise ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire, c’est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d’une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques. Elle ne délimite pas suffisamment une sphère de risque et ne peut donc fournir ni d’avertissement raisonnable aux citoyens ni de limitation du pouvoir discrétionnaire dans l’application de la loi. Une telle disposition n’est pas intelligible, pour reprendre la terminologie de la jurisprudence de notre Cour, et ne donne par conséquent pas suffisamment d’indication susceptible d’alimenter un débat judiciaire. Elle ne donne aucune prise au pouvoir judiciaire. C’est là une norme exigeante [...]

[137] Avec ces principes à l’esprit, je me pencherai maintenant sur les dispositions contestées. L’appelante soutient que des définitions essentielles de la Loi sont ouvertes et n’établissent pas de zone légale de risque (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 40). L’appelante vise en particulier deux

subsection 1(1) and “CEM” in subsection 1(2) (appellant’s constitutional memorandum at, paragraphs 39 and 42). These provisions are reproduced below:

Definitions

1(1) The following definitions apply in this Act.

commercial activity means any particular transaction, act or conduct or any regular course of conduct that is of a commercial character, whether or not the person who carries it out does so in the expectation of profit, other than any transaction, act or conduct that is carried out for the purposes of law enforcement, public safety, the protection of Canada, the conduct of international affairs or the defence of Canada.

...

electronic message means a message sent by any means of telecommunication, including a text, sound, voice or image message.

...

Meaning of commercial electronic message

(2) For the purposes of this Act, a commercial electronic message is an electronic message that, having regard to the content of the message, the hyperlinks in the message to content on a website or other database, or the contact information contained in the message, it would be reasonable to conclude has as its purpose, or one of its purposes, to encourage participation in a commercial activity, including an electronic message that

(a) offers to purchase, sell, barter or lease a product, goods, a service, land or an interest or right in land;

(b) offers to provide a business, investment or gaming opportunity;

(c) advertises or promotes anything referred to in paragraph (a) or (b); or

(d) promotes a person, including the public image of a person, as being a person who does anything referred to in any of paragraphs (a) to (c), or who intends to do so.

des termes définis dans la Loi : « activité commerciale » au paragraphe 1(1) et « message électronique commercial » au paragraphe 1(2) (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, aux paragraphes 39 et 42). Ces dispositions sont reproduites ci-dessous :

Définitions

1(1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

activité commerciale Tout acte isolé ou activité régulière qui revêt un caractère commercial, que la personne qui l’accomplit le fasse ou non dans le but de réaliser un profit, à l’exception de tout acte ou activité accompli à des fins d’observation de la loi, de sécurité publique, de protection du Canada, de conduite des affaires internationales ou de défense du Canada.

[...]

message électronique Message envoyé par tout moyen de télécommunication, notamment un message textuel, sonore, vocal ou visuel.

[...]

Message électronique commercial

(2) Pour l’application de la présente loi, est un message électronique commercial le message électronique dont il est raisonnable de conclure, vu son contenu, le contenu de tout site Web ou autre banque de données auquel il donne accès par hyperlien ou l’information qu’il donne sur la personne à contacter, qu’il a pour but, entre autres, d’encourager la participation à une activité commerciale et, notamment, tout message électronique qui, selon le cas :

a) comporte une offre d’achat, de vente, de troc ou de louage d’un produit, bien, service, terrain ou droit ou intérêt foncier;

b) offre une possibilité d’affaires, d’investissement ou de jeu;

c) annonce ou fait la promotion d’une chose ou possibilité mentionnée aux alinéas a) ou b);

d) fait la promotion d’une personne, y compris l’image de celle-ci auprès du public, comme étant une personne qui accomplit — ou a l’intention d’accomplir — un des actes mentionnés aux alinéas a) à c)

[138] I begin with the definition of CEM in subsection 1(2). The definition of CEM rests on two subconcepts. First, a CEM is an electronic message. Subsection 1(1) defines electronic message as “a message sent by any means of telecommunication, including a text, sound, voice or image message.” This definition confirms what the average person would expect the term “electronic message” to include: email, text message and any other text, sound or voice-based message conveyed via any of the diverse social media and instant messaging platforms that function electronically. Subsection 6(8) clarifies that telephone calls and voicemail are not included in this definition. The appellant does not appear to take issue with this aspect of the definition of CEM.

[139] Cutting through the nuance of subsection 1(2), the second key component of a CEM is that it encourages participation in a commercial activity. Like “electronic message”, “commercial activity” is also defined in subsection 1(1). This definition indicates that “activity” includes any transaction, act or conduct. The definition also clarifies that “commercial” activities are not limited to activities where there is an expectation of profit. Although the definition does not shed additional light on the meaning of “commercial”, this does not render the definition of “commercial activity” or “CEM” impermissibly vague.

[140] “Commercial” is not a word unfamiliar to the average person. The *Oxford English Dictionary* defines the adjective “commercial” as “engaged in commerce; trading.” The noun “commerce” is, in turn, defined as follows:

1.a. Exchange between men of the products of nature or art; buying and selling together; trading; exchange of merchandise, *esp.* as conducted on a large scale between different countries or districts; including the whole of the transactions, arrangements, etc., therein involved.

(SOURCE: *Oxford English Dictionary*, (last visited May 13, 2020) online: www.oed.com)

[138] Commençons par la définition de MEC énoncée au paragraphe 1(2). Cette définition repose sur deux concepts sous-jacents. D’abord, un MEC est un message électronique. Au paragraphe 1(1), le message électronique est défini ainsi : « Message envoyé par tout moyen de télécommunication, notamment un message textuel, sonore, vocal ou visuel ». Cette définition inclut ce que la personne moyenne s’attendrait à y trouver : les courriels, les messages textes et toute autre forme de message textuel, ainsi que les messages sonores ou vocaux transmis par n’importe laquelle des différentes plateformes de média social ou de messagerie instantanée qui fonctionne électroniquement. Le paragraphe 6(8) vient préciser que les appels téléphoniques et les messageries vocales sont exclus de cette définition. L’appelante ne semble pas contester cet aspect de la définition de MEC.

[139] Après avoir démêlé les nuances du paragraphe 1(2), il apparaît que le second élément constitutif du MEC est que celui-ci encourage la participation à une activité commerciale. Au même titre que « message électronique », le terme « activité commerciale » est défini au paragraphe 1(1). Selon cette définition, sont visés par le terme « activité » tout acte ou toute activité. Il y est aussi précisé que l’activité « commerciale » ne se limite pas aux actes et activités accomplis dans le but de réaliser un profit. Bien qu’elles ne précisent pas davantage ce qu’on entend par « commercial », il ne s’ensuit pas que les définitions des termes « activité commerciale » et « message électronique commercial » sont d’une imprécision inacceptable.

[140] Le mot « commercial » n’est pas un mot inconnu de la personne moyenne. Le dictionnaire Larousse définit l’adjectif « commercial » comme signifiant « relatif au commerce, qui s’en occupe, qui y a trait ». À son tour, le nom « commerce » est défini ainsi :

Activité consistant dans l’achat, la vente, l’échange de marchandises, de denrées, de valeurs, dans la vente de services; métier de celui qui achète des objets pour les revendre.

(SOURCE : *Dictionnaire Larousse en ligne* (consulté le 1^{er} juin 2020) : www.larousse.fr/dictionnaires/francais)

[141] This definition captures the essential meaning that an average person would ascribe to “commerce”: exchange, trade, buying and selling. The term “commercial” is also given more concrete meaning by the descriptions of CEMs in paragraphs 1(2)(a) through (d), which refer to purchasing, selling, bartering and leasing, as well as business, investment and gaming opportunities.

[142] The appellant argues that removing an expectation of profit from the definition of commercial activity creates ambiguity. I disagree. While transactions, acts and conduct in the way of exchange, trade, buying and selling may typically aim at turning a profit, such activities could additionally, or alternatively, be carried out for other purposes, including political reasons or altruism, to name a few. These or other considerations could supplement, have a role equal to, or entirely overshadow profit in motivating activities that, in manner and form, and thus in the ordinary understanding of the average person, constitute commercial activities. I therefore agree with the respondent that removing an expectation of profit from the definition of “commercial activity” reduces rather than increases ambiguity by precluding desultory wrangling over the subjective expectations harbored by senders of CEMs.

[143] In my view, reading the definitions of “commercial activity” in subsection 1(1) and “CEM” in subsection 1(2) together presents a sufficiently clear explanation of the meaning of “commercial activity” for the purposes of defining a CEM in subsection 1(2).

[144] What it means to “encourage participation” in a commercial activity is also reasonably clear from subsection 1(2). It includes making an offer to a person to engage in any transaction, act or conduct that involves purchasing, selling, bartering, leasing or any activity that would be judged similar to these according to an average person’s understanding of the term “commercial activity”. It also includes offering any type of opportunity listed in subsection 1(2) or reasonably similar opportunities. Finally, it includes advertising or promoting any of the foregoing.

[141] Cette définition capture les principaux éléments de la signification que la personne moyenne attribuerait au mot « commerce » : l’achat, la vente, l’échange. De plus, le mot « commercial » se fait donner une définition plus concrète dans les descriptions de MEC aux alinéas 1(2)a) à d), qui renvoient à l’achat, à la vente, au troc ou au louage, ainsi qu’aux possibilités d’affaires, d’investissement ou de jeu.

[142] L’appelante soutient qu’enlever la réalisation d’un profit de la définition du terme « activité commerciale » crée de l’ambiguïté. Je ne suis pas de cet avis. Bien que les actes ou activités consistant en l’échange, l’achat et la vente puissent typiquement viser la réalisation d’un profit, de telles activités pourraient en même temps, ou à titre subsidiaire, être exercées à d’autres fins, par exemple à des fins politiques ou altruistes. Ces autres fins pourraient être complémentaires aux fins de réalisation d’un profit, y être égales ou les supplanter entièrement, et motiver des activités qui, dans leur manière et leur forme, et par conséquent aux yeux de la personne normale, constituent des activités commerciales. Je souscris donc à l’opinion de l’intimé selon laquelle l’exclusion de la réalisation d’un profit de la définition d’« activité commerciale » diminue plutôt que n’accroît l’ambiguïté en tuant dans l’œuf les querelles oiseuses sur les attentes subjectives des expéditeurs des MEC.

[143] À mon avis, interpréter ensemble les définitions d’« activité commerciale » au paragraphe 1(1) et de « message électronique commercial » au paragraphe 1(2) explique suffisamment clairement le sens du terme « activité commerciale » pour l’application de la définition de MEC au paragraphe 1(2).

[144] De plus, le sens de l’expression « encourager la participation » à une activité commerciale ressort raisonnablement clairement du paragraphe 1(2). Cela signifie notamment offrir à quelqu’un d’accomplir une activité qui consiste en l’achat, la vente, le troc ou le louage de quelque chose ou toute activité qui serait jugée semblable selon la signification qu’attribue la personne moyenne au terme « activité commerciale ». Cela vise également l’offre de l’une ou l’autre des possibilités énoncées au paragraphe 1(2) ou de possibilités raisonnablement semblables. Enfin, cela signifie aussi annoncer ou faire la promotion de ces activités ou possibilités.

[145] The last consideration is how one is to determine whether an electronic message has as its purpose, or one of its purposes, to encourage participation in a commercial activity. Subsection 1(2) directs that a reasonable conclusion on this question be drawn from the message's content, hyperlinks and contact information.

[146] Thus, reading subsections 1(1) and 1(2) together identifies the medium targeted by CASL, tells the public both what to look for and where to look in order to identify the targeted conduct, and indicates that the standard for determining whether a particular electronic message is a CEM is the familiar legal standard of reasonableness.

[147] The appellant, however, contends that the zone of risk created by CASL is impermissibly vague because Parliament elected to use examples or descriptions rather than factors to help define "CEM" (appellant's constitutional memorandum, at paragraph 43). Suffice it to say there is no authority for the proposition that factors must guide a law's application for the law to pass constitutional muster. Listing non-exhaustive examples or descriptions to help instruct citizens and direct law enforcement is also a common legislative technique and does not, on its own, render a law unconstitutionally vague.

[148] The appellant also contends that, because hyperlinked content can convert a message into a CEM, and the content accessible through a link can change at any time, the definition of CEM creates an "unknowable risk". The inclusion of links undoubtedly raises the risk that an electronic message will be deemed a CEM by vastly increasing the quantity of information reviewable for the purpose determining whether the message can reasonably be considered to have as its purpose, or one of its purposes, encouraging participation in a commercial activity. This risk will be more or less depending on the nature of the linked sites: do the sites offer to purchase, sell, barter or lease a product, good, service or land? Do they offer business,

[145] Le dernier élément à prendre en considération est la façon de déterminer si le message électronique a pour but, entre autres, d'encourager la participation à une activité commerciale. Le paragraphe 1(2) précise qu'il faut tirer une conclusion raisonnable à cet égard au vu du contenu du message, des hyperliens qu'il fournit et des informations qu'il donne sur la personne à contacter.

[146] Ainsi, interprétés conjointement, les paragraphes 1(1) et 1(2) indiquent quel est le support visé par la Loi, disent au public ce à quoi il doit porter attention et où il doit porter attention afin de savoir quelle est la conduite visée et précisent que la norme à utiliser pour déterminer si un message électronique donné est un MEC est la norme juridique bien connue de la raisonabilité.

[147] Cependant, l'appelante soutient que la zone de risque créée par la Loi est d'une imprécision inacceptable parce que le législateur, pour aider le lecteur à comprendre la définition de MEC, a choisi d'utiliser des exemples ou des descriptions plutôt que d'énoncer des facteurs (mémoire de l'appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 43). Il suffit de dire qu'il n'existe ni précédent ni doctrine à l'appui de l'affirmation voulant qu'il soit nécessaire d'énoncer des facteurs encadrant l'application d'une disposition légale afin que cette disposition soit constitutionnelle. Le recours à l'énumération non exhaustive d'exemples ou de descriptions pour aider les citoyens et les agents d'application de la loi est également une technique répandue de rédaction législative et, en soi, ne rend pas une disposition imprécise au point d'être inconstitutionnelle.

[148] L'appelante soutient également que, parce que le contenu auquel donne accès un hyperlien peut faire d'un message un MEC et que ce contenu peut être modifié en tout temps, la définition de MEC crée un [TRADUCTION] « risque inconnu ». Il ne fait aucun doute qu'inclure un hyperlien augmente le risque qu'un message électronique soit considéré comme un MEC étant donné que l'hyperlien augmente de beaucoup la quantité de renseignements visés par l'examen servant à déterminer s'il peut être raisonnablement conclu que le message électronique a pour but, entre autres, d'encourager la participation à une activité commerciale. Ce risque sera plus ou moins grand en fonction de la nature des sites auxquels l'hyperlien donne

investment or gaming opportunities? Do they advertise or promote any of the foregoing or promote a person for doing any of the foregoing? To what degree is any of the foregoing the primary function or purpose of the linked sites? Does the nature of the linked sites increase or decrease the likelihood that any of the foregoing, though not present on the sites at the time the links were included in an electronic message, will subsequently be added to the sites? The answers to these questions will assist in gauging the risk associated with including a link in an electronic message. It also behoves senders to recall that links are considered in conjunction with a message's content and contact information in order that a reasonable conclusion may be drawn as to whether a message's purpose, or one of its purposes, is to encourage participation in a commercial activity. A sender can never know with exactitude the risk incurred by including a link in an electronic message, but neither are they destitute of any idea or guidance in this regard.

[149] Finally, the appellant takes issue with the term “on whose behalf” in relation to the requirement in subsection 11(1) of CASL that CEMs include an unsubscribe mechanism enabling recipients to indicate their wish to no longer receive CEMs from either the sender or the person “on whose behalf” a message is sent. Sufficient guidance regarding who is included among those “on whose behalf” messages are sent can be found in CASL's Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) and on the “Frequently Asked Questions about Canada's Anti-Spam Legislation” page of the Government of Canada's website (online: Government of Canada/Canadian Radio-television and Telecommunications Commission <<https://crtc.gc.ca/eng/com500/faq500.htm>>). Both resources explain that “only the persons who play a material role in the content of the CEM and/or the choice of the recipients” qualify as persons “on behalf of whom” a message is sent (JAB, at page 13647).

[150] I cannot agree that the aspects of the impugned provisions highlighted by the appellant are “so obscure

accès : les sites comportent-ils une offre d'achat, de vente, de troc ou de louage d'un produit, bien, service ou terrain? Offrent-ils des possibilités d'affaires, d'investissement ou de jeu? Annoncent-ils ou font-ils la promotion de ces choses ou possibilités? Est-ce que ces choses ou possibilités constituent la fonction principale ou le but principal des sites? La nature des sites augmente-t-elle ou diminue-t-elle la possibilité qu'une des choses ou possibilités susmentionnées, bien que ne figurant pas sur les sites au moment de l'inclusion des hyperliens dans le message électronique, y soit subséquemment ajoutée? Les réponses à ces questions aideront à mesurer le risque associé à l'inclusion d'un hyperlien dans un message électronique. Les expéditeurs de messages doivent se rappeler que les liens sont examinés en conjonction avec le contenu du message et l'information sur la personne à contacter lorsqu'il s'agit de savoir s'il est raisonnable de conclure que le message électronique a pour but, entre autres, d'encourager la participation à une activité commerciale. L'expéditeur ne peut jamais connaître avec exactitude le risque auquel il s'expose en incluant un hyperlien dans un message électronique, mais il ne se trouve pas non plus dépourvu d'indications ni dans l'inconnu total à cet égard.

[149] Enfin, l'appelante conteste l'expression « au nom de qui » au paragraphe 11(1) de la Loi, qui exige que les MEC comportent un mécanisme permettant à la personne recevant le message d'exprimer sa volonté de ne plus recevoir de MEC soit de l'expéditeur soit de la personne « au nom de qui » le message a été envoyé. L'on peut trouver suffisamment de renseignements sur qui constitue une personne « au nom de qui » les messages sont envoyés dans le Résumé de l'Étude d'Impact de la Réglementation (REIR) de la Loi et sur la page de la foire aux questions au sujet de la Loi canadienne anti-pourriel du site Web du gouvernement du Canada (en ligne : gouvernement du Canada, Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes <<https://crtc.gc.ca/fra/com500/faq500.htm>>). Dans les deux documents il est expliqué que « [s]eulement les personnes qui jouent un rôle important dans le contenu du MEC ou dans le choix des destinataires » sont considérées comme des personnes « au nom de qui » le message est envoyé (dossier d'appel conjoint, à la page 13647).

[150] Je ne suis pas d'avis que les passages des dispositions contestées mis en évidence par l'appelante sont « si

as to be incapable of interpretation with any degree of precision” (*Osborne*, at page 94) or exhibit “the most serious degree of vagueness” (*Nova Scotia Pharmaceutical Society*, at page 630). The following statement of Gonthier J. at page 639 of *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, is apposite:

... Language is not the exact tool some may think it is. It cannot be argued that an enactment can and must provide enough guidance to predict the legal consequences of any given course of conduct in advance. All it can do is enunciate some boundaries, which create an area of risk. But it is inherent to our legal system that some conduct will fall along the boundaries of the area of risk; no definite prediction can then be made. Guidance, not direction, of conduct is a more realistic objective.

[151] CASL is sufficiently precise to delineate an area or zone of risk, which is all that can be realistically expected and all that is constitutionally required of legislation. The impugned provisions are intelligible, offer a grasp to the judiciary, and provide an adequate basis for legal debate and therefore do not bear the characteristics of vague legislation set out in *Nova Scotia Pharmaceutical Society*. I find that CASL more than meets the threshold for passing the “prescribed by law” stage of the section 1 analysis.

(2) *Is the Object of the Infringing Measures Pressing and Substantial?*

[152] The next stage of the section 1 analysis considers whether the legislative objective of the impugned measures is sufficiently important to justify limiting a Charter right or freedom. It is crucial to render an accurate formulation of the relevant legislative objective at this stage.

[153] The CRTC located CASL’s object in the Act’s title and in the purpose clause at section 3. The title declares that CASL seeks to promote “the efficiency and adaptability of the Canadian economy by regulating certain activities that discourage reliance on electronic means of

obscur[s] que les méthodes ordinaires ne permettent pas de [leur] donner une interprétation le moins exacte » (*Osborne*, à la page 94) ou atteignent le « degré le plus grave de l’imprécision » (*Nova Scotia Pharmaceutical Society*, à la page 630). Les observations ci-après formulées par le juge Gonthier, à la page 639 de l’arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, sont pertinentes :

[...] Le langage n’est pas l’instrument exact que d’aucuns pensent qu’il est. On ne peut pas soutenir qu’un texte de loi peut et doit fournir suffisamment d’indications pour qu’il soit possible de prédire les conséquences juridiques d’une conduite donnée. Tout ce qu’il peut faire, c’est énoncer certaines limites, qui tracent le contour d’une sphère de risque. Mais c’est une caractéristique inhérente de notre système juridique que certains actes seront aux limites de la ligne de démarcation de la sphère de risque; il est alors impossible de prédire avec certitude. Guider, plutôt que diriger, la conduite est un objectif plus réaliste.

[151] La Loi est suffisamment précise pour délimiter une aire ou une zone de risque. Réalistement, on ne peut s’attendre à rien de plus d’une loi et, constitutionnellement, on n’exige rien de plus d’une loi. Les dispositions contestées sont intelligibles, donnent une prise au pouvoir judiciaire et constituent un fondement pour un débat judiciaire. Par conséquent, elles ne comportent pas les caractéristiques de l’imprécision énoncées dans l’arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*. Je conclus que la Loi satisfait amplement au critère applicable à l’étape de l’analyse fondée sur l’article premier visant à déterminer si la restriction a été apportée « par une règle de droit ».

2) *Les dispositions apportant la restriction ont-elles un objectif urgent et réel?*

[152] La prochaine étape de l’analyse fondée sur l’article premier consiste à examiner si l’objectif législatif des mesures contestées est suffisamment important pour justifier la restriction au droit ou à la liberté garantis par la Charte. À cette étape, il est crucial que l’on formule avec exactitude en quoi consiste l’objectif législatif pertinent.

[153] Le CRTC a trouvé l’objectif de la Loi dans son titre et dans sa disposition énonçant son objet, soit l’article 3. Il est écrit dans le titre que la Loi vise à promouvoir « l’efficacité et la capacité d’adaptation de l’économie canadienne par la réglementation de certaines pratiques qui

carrying out commercial activities”. Section 3 repeats this object and explains that CASL specifically regulates conduct that:

Purpose of Act

3 ...

(a) impairs the availability, reliability, efficiency and optimal use of electronic means to carry out commercial activities;

(b) imposes additional costs on businesses and consumers;

(c) compromises privacy and the security of confidential information; and

(d) undermines the confidence of Canadians in the use of electronic means of communication to carry out their commercial activities in Canada and abroad.

[154] The appellant, on the other hand, argues that the relevant objective is not the objective of CASL as a whole, but the objective of the impugned measures themselves. The approach advocated by the appellant is the correct one (see, for example, *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, (1995), 127 D.L.R. (4th) 1 (*RJR-MacDonald*), at paragraph 144; *Thomson Newspapers* 1998, at paragraph 125). However, as I explained at paragraphs 92–0 of these reasons, by simply replacing the words “regulating certain activities” in the title, and “regulating commercial conduct” in section 3, with “regulating CEMs”, the Act’s title and section 3 are essentially statements of the object of the impugned CEM scheme. The CRTC’s assessment was, therefore, not very far off the mark.

[155] The appellant offers both “broadly phrased” and “narrower” objectives for the impugned provisions (appellant’s constitutional memorandum, at paragraph 50). The appellant states the broadly phrased objective as “[e]liminating unsolicited electronic messages with any arguable commercial element regardless of who sends them”, and the narrower objective as “curbing ‘the most damaging and deceptive forms of spam” (appellant’s constitutional

découragent l’exercice des activités commerciales par voie électronique ». À l’article 3, cet objectif est répété et il y est expliqué que la Loi vise précisément à régir certaines pratiques pour les raisons ci-après :

Objet de la loi

3 [...]

a) elles nuisent à l’accessibilité, à la fiabilité, à l’efficacité et à l’utilisation optimale des moyens de communication électronique dans le cadre des activités commerciales;

b) elles entraînent des coûts supplémentaires pour les entreprises et les consommateurs;

c) elles compromettent la protection de la vie privée et la sécurité des renseignements confidentiels;

d) elles minent la confiance des Canadiens quant à l’utilisation des moyens de communication électronique pour l’exercice de leurs activités commerciales au Canada et à l’étranger.

[154] L’appelante, à l’inverse, soutient que l’objectif pertinent n’est pas l’objectif de la Loi dans son ensemble, mais l’objectif des dispositions contestées en tant que telles. L’approche que fait valoir l’appelante est la bonne (voir, par exemple, *RJR-MacDonald Inc. c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 199, 1995 CanLII 64 (*RJR-MacDonald*), au paragraphe 144; *Thomson Newspapers* 1998, au paragraphe 125). Cependant, comme je l’ai expliqué aux paragraphes 0 et 0 des présents motifs, si on remplaçait simplement les mots « réglementation de certaines pratiques » dans le titre et « réglementation des pratiques commerciales » à l’article 3 par « réglementation des MEC », le titre et l’article 3 de la Loi énonceraient essentiellement l’objectif des dispositions contestées de la Loi. Le CRTC ne s’est donc pas trompé de beaucoup.

[155] L’appelante propose tant un objectif [TRADUCTION] « de portée générale » qu’un objectif [TRADUCTION] « de portée plus étroite » pour les dispositions contestées (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 50). L’appelante soutient que l’objectif de portée générale consiste à [TRADUCTION] « éliminer les messages électroniques non sollicités comportant un élément un tant soit peu commercial indépendamment de qui

memorandum, at paragraph 50, emphasis in original). Both of the appellant's formulations of the legislative objective must be dismissed.

[156] The appellant's broad formulation of the scheme's objective is nearly identical to its description of CASL's function or effect, which the appellant repeats at paragraphs 1, 8, 15, 62, 63 and 75 of its constitutional memorandum.

[157] I make two observations of the appellant's various statements in this regard. First, the statements are hyperbole. Contrary to the appellant's claims, CASL does not ban all speech or expression with any possibility or semblance of commerciality, or that might be, may be or could be viewed as having a slight, faint, or minor commercial element, aspect, nature or purpose (appellant's constitutional memorandum, at paragraphs 1, 8, 15, 46, 50, 62, 63 and 75). In reality, CASL's prohibition captures electronic messages that it would be reasonable to conclude have—not could, might or may have—as their purpose, or one of their purposes, to encourage participation in a commercial activity. Furthermore, the prohibition only captures such messages where they have not been consented to or do not conform to the prescribed content requirements, and where none of the various exceptions for prescribed individuals and organizations applies. Secondly, the appellant conflates the CEM scheme's objective with the approach it takes to achieve this objective. The Supreme Court warned against this practice at paragraph 23 of *Thomson Newspapers* 1998:

The Court must first assess the objective of the infringing legislative measure, as distinguished from the means chosen to implement it. The question is whether the concern which prompted the enactment of the impugned legislation is pressing and substantial and whether the

l'a envoyé » et que l'objectif de portée plus étroite consiste à [TRADUCTION] « lutter contre “les pourriels sous leurs formes les plus dangereuses et trompeuses” » (mémoire de l'appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 50, souligné et en gras dans l'original). Ni l'une ni l'autre des formulations proposées par l'appelante ne peut être retenue.

[156] La formulation qu'utilise l'appelante pour décrire l'objectif de portée générale des dispositions contestées est presque identique à la description qu'elle fait de la fonction ou de l'effet de la Loi et qu'elle répète aux paragraphes 1, 8, 15, 62, 63 et 75 de son mémoire sur les questions constitutionnelles.

[157] Je ferai deux observations sur les diverses affirmations de l'appelante à cet égard. Premièrement, ces affirmations sont de l'hyperbole. Contrairement à ce que soutient l'appelante, la Loi n'interdit pas tout discours ou toute expression qui peut avoir trait à des activités commerciales ou y ressembler un tant soit peu ou qui pourrait, peut-être, éventuellement, être considéré comme comportant un tout petit élément, aspect, caractère ou objectif vaguement ou légèrement commercial (mémoire de l'appelante sur les questions constitutionnelles, aux paragraphes 1, 8, 15, 46, 50, 62, 63 et 75). En fait, l'interdiction prévue par la Loi vise les messages électroniques dont il est raisonnable de conclure qu'ils ont — et non qu'ils pourraient avoir, qu'ils ont peut-être ou qu'ils auront éventuellement — pour but, entre autres, d'encourager la participation à une activité commerciale. En outre, l'interdiction vise ces messages seulement si, d'une part, leur destinataire n'a pas consenti à les recevoir ou leur contenu n'est pas conforme aux exigences et, d'autre part, aucune des diverses exceptions pour certaines personnes et organisations ne s'applique. Deuxièmement, l'appelante confond l'objectif des dispositions sur les MEC et les moyens utilisés pour la réalisation de cet objectif. La Cour suprême a fait une mise en garde contre cette pratique, au paragraphe 23 de l'arrêt *Thomson Newspapers* 1998 :

La Cour doit d'abord évaluer l'objectif de la mesure législative attentatoire, par opposition aux moyens choisis pour l'appliquer. La question est de savoir si la préoccupation qui a incité à l'adoption de la loi contestée est urgente et réelle, et si l'objet de la loi est suffisamment important

purpose of the legislation is one of sufficient importance (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 987, Dickson C.J. and Lamer J. (as he then was) and Wilson J.). The distinction between “objective” and “means” is important.... [Emphasis in original.]

[158] Thus, in *RJR-MacDonald*, the objective of the impugned advertising ban on tobacco was not simply to ban tobacco ads, but “to prevent people in Canada from being persuaded by advertising and promotion to use tobacco products” (*RJR-MacDonald*, at paragraph 144). The objective of the proscriptive legislation was not the proscription itself, but preventing the negative effects of the proscribed conduct.

[159] Similarly, the objective of CASL’s prohibition on CEMs not meeting the Act’s consent and content requirements or otherwise falling under an exception is not simply to ban CEMs. Rather, CASL’s legislative objective is to stymie certain negative effects to which unsolicited CEMs give rise. These are set out in paragraphs 3(a) through (d) of the Act’s purpose clause.

[160] Nor is this too broad an objective. Section 3 sets out an overarching legislative objective (promoting the efficiency and adaptability of the Canadian economy) supported by sub-objectives enumerated in paragraphs 3(a) through (d). This is structurally similar to the objective accepted by the Supreme Court with respect to the *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, S.B.C. 2002, c. 2 in *Health Services & Support-Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391 (*Health Services*). The Supreme Court wrote at paragraph 146 of that decision:

We reject the argument that the government’s objective is stated too broadly. The government states its objective in terms of one main objective (improving health care delivery), pursued by way of several sub-objectives (enabling health authorities to focus resources on clinical services, enhancing the ability of health employers and authorities to respond quickly to changing circumstances, and enhancing the accountability of decision-makers in public health care). Even if it is accepted that the main

(*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 987, le juge en chef Dickson et les juges Lamer (maintenant Juge en chef) et Wilson). La distinction entre l’« objectif » et les « moyens » est importante [...] [Souligné dans l’original.]

[158] Ainsi, dans l’arrêt *RJR-MacDonald*, l’objectif de la mesure contestée, qui interdisait la publicité en faveur du tabac, n’était pas simplement d’interdire les publicités en faveur du tabac, mais d’« empêcher la population canadienne de se laisser convaincre par la publicité et la promotion de faire usage du tabac » (*RJR-MacDonald*, au paragraphe 144). L’objectif des dispositions d’interdiction n’était pas l’interdiction en tant que telle, mais la prévention des effets néfastes causés par la pratique interdite.

[159] De manière semblable, les dispositions de la Loi interdisant les MEC ne satisfaisant pas aux exigences légales en matière de consentement ou de contenu et ne faisant pas l’objet d’une exception n’ont pas pour but d’interdire purement et simplement les MEC. L’objectif législatif de la Loi est d’atténuer certains effets néfastes causés par les MEC non sollicités. Ces effets sont énoncés aux alinéas 3a) à d) de la disposition d’objet de la Loi.

[160] Il ne s’agit pas non plus d’un objectif de portée trop générale. L’article 3 énonce l’objectif général de la Loi (promouvoir l’efficacité et la capacité d’adaptation de l’économie canadienne), que viennent préciser les sous-objectifs énumérés aux alinéas a) à d). Cette structure est semblable à celle de l’objectif, jugé valide par la Cour suprême du Canada, de la loi de la Colombie-Britannique intitulée *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, S.B.C. 2002, ch. 2, dans l’arrêt *Health Services & Support-Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391 (*Health Services*). Au paragraphe 146 de cet arrêt, la Cour suprême a écrit ceci :

Nous rejetons l’argument que l’objectif du gouvernement est formulé en termes trop généraux. Le gouvernement définit son objectif comme étant un objectif principal unique (améliorer la prestation de services de santé), poursuivi au moyen de plusieurs sous-objectifs (permettre aux autorités sanitaires de concentrer les ressources sur la prestation des services cliniques, rendre les employeurs du secteur de la santé et les autorités sanitaires plus aptes à réagir rapidement aux changements de circonstances, et

objective is somewhat broad, the more precise aims of the government are made clear in the sub-objectives. Therefore, the objective is not stated too broadly.

[161] The Supreme Court’s reasoning applies equally with respect to CASL’s objective as stated in section 3 of the Act. And there is no question, in my mind, that the objective of promoting the efficiency and adaptability of the Canadian economy by regulating CEMs, which may have the pernicious effects set out in paragraphs 3(a) through (d), is sufficiently important to warrant limiting a constitutionally protected right or freedom.

[162] Before proceeding to the next stage of the section 1 analysis, a brief explanation is due for why the appellant’s narrower formulation of CASL’s objective must also be rejected. The appellant states this version of CASL’s objective as “curbing ‘the **most** damaging and deceptive forms of spam’” (appellant’s constitutional memorandum, at paragraph 50, emphasis in original). The appellant cites this formulation of the legislative objective to an Industry Canada backgrounder on Bill C-28 (appellant’s constitutional memorandum, at note 28). It is questionable practice, to put it mildly, when considering the objective of legislation, to eschew analysis of, or even reference to, the legislation in question, and have recourse instead to supplementary informational documents. Further still, the appellant does not accurately portray the backgrounder’s statement of the bill’s goal. The document actually states that Bill C-28 is “designed to reduce the most damaging and deceptive forms of spam and other activities that discourage electronic commerce” (my emphasis). Of the legislation’s purpose, more specifically, the backgrounder states “[t]he legislation aims to increase consumer confidence in online commerce by protecting both consumers and Canadian businesses from unwanted spam and related online threats” (JAB, at page 1394). The phrase “unwanted spam and related online threats” unquestionably comprehends a great deal more than only the most damaging and deceptive forms of spam. That Parliament intended for CASL to target more than only the most damaging and deceptive forms of spam is also evident in Hansard:

accroître l’obligation de rendre compte des décideurs dans le système de santé public). Même en admettant que l’objectif principal soit formulé en termes plutôt généraux, les objectifs précis du gouvernement paraissent clairement énoncés dans les sous-objectifs. L’objectif n’est donc pas exprimé d’une manière trop générale.

[161] Le raisonnement de la Cour suprême s’applique tout autant à l’objectif de la Loi, énoncé à l’article 3. Et il ne fait aucun doute dans mon esprit que l’objectif de promouvoir l’efficacité et la capacité d’adaptation de l’économie canadienne par la réglementation des MEC, lesquels peuvent avoir les effets perniciose énoncés aux alinéas 3a) à d), est suffisamment important pour justifier la restriction d’un droit ou d’une liberté garantis par la Constitution.

[162] Avant que nous ne passions à la prochaine étape de l’analyse fondée sur l’article premier, il convient d’expliquer brièvement pourquoi l’objectif de portée étroite tel que l’a formulé l’appelante ne peut pas non plus être retenu. Dans les mots de l’appelante, dans cette version, l’objectif de la Loi consiste à [TRADUCTION] « lutter contre “les pourriels sous leurs formes **les plus** dangereuses et trompeuses” » (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 50, souligné et en gras dans l’original). L’appelante dit avoir tiré cet objectif législatif d’un document d’information sur le projet de loi C-28 publié par Industrie Canada (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, note 28). Il s’agit d’une pratique peu recommandée, et c’est un euphémisme, que d’omettre, lorsqu’on examine l’objectif d’un texte législatif, d’analyser le texte législatif en question ou d’y faire renvoi, pour se fonder plutôt sur des documents d’information complémentaire. Qui plus est, l’appelante ne rapporte pas fidèlement ce qui est déclaré dans le document d’information au sujet de l’objectif du projet de loi. Le document dit en fait que le projet de loi C-28 « vise à réduire les pourriels sous leurs formes les plus dangereuses et trompeuses, ainsi que les autres activités du même genre qui découragent les activités commerciales par voie électronique » (non souligné dans l’original). Au sujet de l’objectif de la Loi, plus précisément, il est écrit dans le document d’information que « [c]ette législation vise à accroître la confiance des consommateurs à l’égard du commerce électronique en protégeant à la fois les consommateurs et les entreprises canadiennes contre les pourriels

... Malware represents some of the most harmful aspects of spam. But even in the apparently least harmful, the unsolicited email that gets dumped into our in-baskets urging us to buy mail order drugs, or show up at some New York City nightclub, even these nuisance messages exact a toll on the economy.

(*House of Commons Debates*, 40th Parl, 2nd Sess., No. 053 (7 May 2009), at page 3216; JAB, at 1151.)

[163] It is clear, in my view, that CASL's objective is not as restrictive as the appellant seeks to portray in its narrow formulation of the Act's purpose. The proper statement of CASL's objective as well as the objective of the impugned CEM scheme more specifically is found in section 3 of the Act.

(3) *Are the Impugned Measures Rationally Connected to the Objective?*

[164] At this stage of the section 1 analysis, the government must establish a rational connection between the law's objective and the means chosen to achieve it. This requires a "causal connection between the infringement and the benefit sought on the basis of reason or logic" (*RJR-MacDonald*, at paragraph 153). Direct proof of the causal relationship is not always required; it need only be shown "that it is reasonable to suppose that the limit may further the goal, not that it will do so" (*Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567 (*Hutterian*), at paragraph 48). The Supreme Court has described this stage of the *Oakes* test as "'not particularly onerous'" (*Health Services*, at paragraph 148, citing *Little Sisters Book & Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, at paragraph 228, also cited in *Trociuk v. British Columbia*

non sollicités et les autres menaces en ligne du même genre » (dossier d'appel conjoint, à la page 1394). Il ne fait aucun doute que l'expression « pourriels non sollicités et les autres menaces en ligne » ne vise pas que les pourriels sous leurs formes les plus dangereuses et trompeuses. Le fait que le législateur avait l'intention que la Loi aille au-delà des pourriels sous leurs formes les plus dangereuses et trompeuses ressort aussi des débats consignés dans le Hansard :

[...] Le malicieux est un des pires aspects du pourriel. Mais même les messages les moins nuisibles, les courriels non sollicités qui inondent nos boîtes d'entrée d'incitations à acheter par correspondance des médicaments ou à faire un tour dans une boîte de nuit de New York, même ces messages agaçants pénalisent l'économie.

(*Débats de la Chambre des communes*, 40^e lég., 2^e sess., n^o 53 (7 mai 2009), à la page 3216; dossier d'appel conjoint, à la page 1151.)

[163] À mon avis, il est clair que l'objectif de la Loi n'est pas aussi restreint que l'appelante tente de le démontrer dans la formulation qu'elle propose à titre d'objectif de portée étroite. La formulation correcte de l'objectif de la Loi et, plus précisément, de l'objectif des dispositions contestées sur les MEC se trouve à l'article 3 de la Loi.

3) *Les mesures contestées sont-elles rationnellement liées à l'objectif?*

[164] À cette étape de l'analyse fondée sur l'article premier, le gouvernement doit établir un lien rationnel entre l'objectif de la loi et les moyens choisis pour le réaliser. Cela demande un « lien causal, fondé sur la raison ou la logique, entre la violation et l'avantage recherché » (*RJR-MacDonald*, au paragraphe 153). Il n'est pas toujours nécessaire de faire la preuve directe de ce lien; il suffit de montrer « qu'il est raisonnable de supposer que la restriction peut contribuer à la réalisation de l'objectif, et non qu'elle y contribuera effectivement » (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567 (*Hutterian*), au paragraphe 48). La Cour suprême a affirmé que cet élément du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* n'était « "pas particulièrement exigeant" » (*Health Services*, au paragraphe 148, citant *Little Sisters Book & Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000

(*Attorney General*), 2003 SCC 34, [2003] 1 S.C.R. 835, at paragraph 34). The purpose of the rational connection requirement is to prevent arbitrary limits on Charter rights (*Hutterian*, at paragraph 48). In this sense, the requirement gauges “how well the legislative garment has been tailored to suit its purpose” (*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, 35 D.L.R. (4th) 1, 1986 CanLII 12, at paragraph 127 [at page 770 of S.C.R.]).

[165] The appellant is correct that an overinclusive prohibition is not rationally connected to its legislative objective to the extent of its overinclusiveness. The appellant also points to two cases where the Supreme Court struck down legislation for being overbroad: *Vancouver Transportation Authority* and *Oakes* (appellant’s constitutional memorandum, at paragraphs 53–54). However, the nuanced legislative scheme created by CASL can be distinguished from the categorical, rigid approach taken by the impugned legislation in these cases. *Vancouver Transportation Authority* examined an absolute prohibition on political advertising on the sides of buses. *Oakes* was concerned with an automatic, mandatory presumption that possession of any quantity of narcotics—even a negligible amount—was possessed for the purpose of trafficking. The objective of each measure was, respectively, to create a safe and welcoming transit system and to facilitate the conviction of drug traffickers. The impugned measures in both cases were overbroad because neither the absolute prohibition created by the former, nor the inference mandated by the latter, logically or reasonably furthered their respective legislative objectives. Not all political advertisements are offensive, and possession of a small amount of drugs does not invariably support an inference of possession for the purpose of trafficking. Neither impugned measure exhibited any tailoring to achieve its objective—the prohibition was absolute and the presumption non-discretionary. The overbreadth of both laws, combined with their rigid, uncompromising frameworks, necessarily meant that they captured conduct not rationally connected to their respective objectives. The same cannot be said of CASL.

CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, au paragraphe 228, également cité dans l’arrêt *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835, au paragraphe 34). L’exigence du lien rationnel a pour but d’éviter que les droits garantis par la Charte soient restreints arbitrairement (*Hutterian*, au paragraphe 48). En ce sens, il est vérifié par cette exigence « dans quelle mesure l’ensemble législatif est adapté à son objet » (*R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, 1986 CanLII 12, au paragraphe 127 [à la page 770 du R.C.S.]).

[165] L’appelante a raison quand elle affirme que, si une interdiction est trop vaste, la partie excédante n’est pas rationnellement liée à l’objectif. L’appelante invoque deux arrêts dans lesquels la Cour suprême a invalidé des dispositions parce qu’elles étaient de portée trop générale : *Vancouver Transportation Authority* et *Oakes* (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, aux paragraphes 53 et 54). Cependant, on peut établir une distinction entre le régime légal nuancé créé par la Loi et la méthode catégorique et rigide adoptée dans les lois contestées dans ces affaires. L’arrêt *Vancouver Transportation Authority* portait sur l’interdiction absolue d’afficher des publicités à caractère politique sur le côté des autobus. L’arrêt *Oakes* portait sur la présomption automatique et impérative selon laquelle toute personne en possession de la moindre quantité de stupéfiants — même une quantité minimale — les possédait en vue d’en faire le trafic. L’objectif des dispositions contestées était, respectivement, d’offrir un réseau de transport en commun sûr et accueillant et de faciliter l’obtention de verdicts de culpabilité contre les trafiquants. Dans les deux cas, les mesures étaient de portée trop générale parce que ni l’interdiction absolue créée par la première ni la présomption impérative créée par la seconde ne contribuait, logiquement et raisonnablement, à la réalisation de leur objectif législatif respectif. Ce ne sont pas toutes les publicités à caractère politique qui sont choquantes, et la possession simple d’une petite quantité de stupéfiants ne justifie pas invariablement que l’on conclue qu’il y a possession en vue de se livrer au trafic. Ni l’une ni l’autre des mesures contestées n’était adaptée à son objectif : l’interdiction était totale et la présomption n’était pas discrétionnaire. La portée trop vaste de ces lois, à laquelle s’ajoutaient les cadres rigides et intransigeants, signifiait nécessairement que ces lois visaient des activités qui n’étaient pas liées à leur objectif. On ne peut en dire autant de la Loi.

[166] CASL does not create an absolute prohibition on electronic messages that aim to encourage participation in commercial activity. The legislation prescribes means of engaging in the regulated conduct, namely, where recipients' consent has been obtained or can be implied and the Act's content and unsubscribe requirements have been met. Consent can be implied where a business or non-business relationship exists between sender and receiver, which covers a range of situations, as well as where the receiver has conspicuously published its electronic address or disclosed it to the sender and certain other conditions have been met. CASL, and subsection 6(1) in particular, thus establish a partial, rather than absolute, prohibition on CEMs.

[167] There are also a number of exceptions and exclusions to this partial prohibition. For instance, the prohibition does not apply to quotes or estimates requested by the recipient; warranty, safety or product recall information; product or service updates or upgrades; information relating to an employment relationship; messages between employees of the same organization as well as different organizations where the organizations have a relationship; satisfaction, notification or enforcement of legal rights or obligations; CEMs sent to limited-access secure and confidential accounts by the account provider; CEMs sent by or on behalf of charities or political parties, organizations or candidates; or the first CEM sent to a recipient that has been referred to the sender by a person with a relationship with the recipient. The prohibition also does not apply where there is a personal or family relationship between sender and receiver. CASL thus establishes a complex legislative scheme that evinces a considerable degree of tailoring to achieve its objectives, far beyond any tailoring associated with the absolute prohibition in *Vancouver Transportation Authority* or the mandatory presumption at issue in *Oakes*.

[166] La Loi n'interdit pas de manière absolue les messages électroniques visant à encourager la participation à une activité commerciale. Elle prévoit des moyens permettant l'exercice de la pratique réglementée, c'est-à-dire lorsque le destinataire donne expressément ou tacitement son consentement et qu'il est satisfait aux exigences relatives au contenu et au mécanisme d'exclusion. Il peut y avoir consentement tacite lorsque l'expéditeur et le destinataire sont liés par des relations d'affaires ou privées, ce qui couvre un certain nombre de situations, ainsi que lorsque le destinataire a publié bien en vue son adresse électronique ou l'a communiquée à l'expéditeur et que certaines autres conditions sont remplies. Donc la Loi, et en particulier le paragraphe 6(1), crée une interdiction partielle, et non pas absolue, des MEC.

[167] Il existe également plusieurs exceptions et exclusions à cette interdiction partielle. Par exemple, l'interdiction ne s'applique pas aux prix ou estimations pour une fourniture demandés par le destinataire; aux renseignements en matière de garantie, de sécurité ou de rappel à l'égard d'un produit; aux mises à jour ou améliorations à l'égard d'un produit ou d'un service; aux renseignements liés au statut d'employé; aux messages entre employés d'une même organisation ou entre des organisations entretenant des rapports; aux MEC envoyés pour satisfaire à une obligation juridique, pour donner avis d'un droit ou d'une obligation juridique ou pour faire valoir un droit ou exécuter une obligation juridique; aux MEC envoyés à un compte sécuritaire et confidentiel à accès restreint par le fournisseur du compte; aux MEC envoyés par un organisme de bienfaisance ou par une organisation ou un parti politiques ou par un candidat ou qui ont été envoyés en leur nom; ni au premier MEC envoyé à un destinataire à la suite d'une recommandation faite par une personne avec laquelle le destinataire entretient un rapport. L'interdiction ne s'applique pas non plus lorsqu'il y a une relation privée ou des liens familiaux entre l'expéditeur et le destinataire. La Loi établit donc un régime légal complexe qui manifeste un degré considérable d'adaptation à ses objectifs, qui va bien au-delà de l'adaptation liée à l'interdiction absolue examinée dans l'arrêt *Vancouver Transportation Authority* ou à la présomption impérative en cause dans l'arrêt *Oakes*.

[168] If the Act’s objective were to prevent only “the most damaging and deceptive forms of spam”, it would be possible to argue that CASL’s central prohibition, even though partial and accompanied by numerous exceptions, is nevertheless overbroad and must fail the rational connection test. However, the Act’s objective is not so narrow. The Act’s objective is to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy by regulating commercial conduct that, *inter alia*, impairs the efficiency and optimal use of, or undermines Canadians’ confidence in, electronic means of carrying out commercial activities. A wide range of commercial messages, far beyond what could be considered “the most damaging and deceptive forms of spam”, could controvert these objectives and therefore be rationally and not arbitrarily captured by the prohibition in subsection 6(1).

[169] When the appellant states “[t]he Act veers far beyond harmful spam”, the appellant simply does not have the right type of harm in mind. This is evident, for example, from the appellant’s statement at paragraph 55 of its constitutional memorandum that “it is irrational to infer that sending a coupon to a consumer” contradicts the purpose of the Act. The proper question in this regard is not whether an email containing a coupon ranks among “the most harmful and misleading forms of online threats”. Certainly, it does not. The more appropriate inquiry is whether an inundation of emails offering an array of coupons, which a recipient did not consent to, and which the recipient is powerless to bring to an end, can impair the efficiency or optimal use of, or undermine a recipient’s confidence in, email as a means of carrying out commercial activities. Without a doubt, it can. A proper appreciation of CASL’s objectives makes clear that the Act may validly restrict messages that may seem innocuous relative to “the most damaging and deceptive forms of spam” without being arbitrary or unfair.

[168] Si l’objectif de la Loi était seulement de prévenir « les pourriels sous leurs formes les plus dangereuses et trompeuses », il serait possible de conclure que l’interdiction principale établie par la Loi, bien qu’elle soit partielle et assortie de nombreuses exceptions, est de portée trop générale et ne satisfait pas au critère du lien rationnel. Cependant, l’objectif de la Loi n’est pas si étroit. Il consiste plutôt à promouvoir l’efficacité et la capacité d’adaptation de l’économie canadienne par la réglementation de pratiques commerciales qui, entre autres, nuisent à l’efficience et à l’utilisation optimale des moyens de communication électronique dans le cadre des activités commerciales ou minent la confiance des Canadiens à cet égard. Une vaste gamme de messages commerciaux, qui vont bien au-delà de ce que l’on pourrait considérer comme étant « les pourriels sous leurs formes les plus dangereuses et trompeuses », peut être contraire à cet objectif et par conséquent être rationnellement, et non arbitrairement, liée à l’interdiction établie au paragraphe 6(1).

[169] Lorsque l’appelante affirme que [TRADUCTION] « la Loi va bien au-delà des pourriels dangereux », elle ne pense tout simplement pas au bon type de danger. Cela ressort clairement, par exemple, de sa déclaration, au paragraphe 55 de son mémoire sur les questions constitutionnelles, selon laquelle [TRADUCTION] « il est irrationnel de supposer que l’envoi d’un coupon à un consommateur » est contraire à l’objectif de la Loi. La question à poser à cet égard n’est pas celle de savoir si un courriel comportant un coupon compte parmi les [TRADUCTION] « formes les plus dangereuses et trompeuses de menaces en ligne ». De toute évidence, ce n’est pas le cas. La question qu’il faut plutôt poser est celle de savoir si une avalanche de courriels offrant une multitude de coupons, à laquelle le destinataire n’a pas consenti, et à laquelle il est incapable de mettre fin, peut nuire à l’efficience ou à l’utilisation optimale du courriel comme moyen de communication électronique dans le cadre des activités commerciales et miner la confiance du destinataire à cet égard. Sans le moindre doute, la réponse est oui. La juste appréciation des objectifs de la Loi montre clairement que la Loi peut restreindre de façon valide des messages qui peuvent sembler inoffensifs en comparaison avec « les pourriels sous leurs formes les plus dangereuses et trompeuses » sans que la restriction soit arbitraire ou injuste.

[170] CASL's complex legislative scheme sufficiently tailors means to objectives to pass the rational connection stage of the section 1 inquiry. It is reasonable to conclude that the Act's prohibition captures conduct that can reasonably be said to offend a purpose of the Act and accommodates conduct that cannot.

(4) *Are the Impugned Measures Minimally Impairing?*

[171] This stage of the section 1 analysis assesses whether “the measures at issue impair the right of free expression as little as reasonably possible in order to achieve the legislative objective” (*RJR-MacDonald*, at paragraph 160). While the law must be carefully tailored to minimize impairment of constitutionally protected rights, such tailoring “seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator.” What is required is that “[t]he law must be reasonably tailored to its objectives; it must impair the right no more than reasonably necessary, having regard to the practical difficulties and conflicting tensions that must be taken into account” (*Sharpe*, at paragraph 96, emphasis in original). Accordingly, to pass this stage, it is sufficient that “the means adopted fall within a range of reasonable solutions to the problem confronted” (*Sharpe*, at paragraph 96).

[172] A law may fail this stage where “the government fails to explain why a significantly less intrusive and equally effective measure was not chosen” (*RJR-MacDonald*, at paragraph 160). As the Supreme Court made clear in *Hutterian*, “equally effective” measures, in this context, are not limited to alternatives that “satisfy the objective to *exactly* the same extent or degree as the impugned measure”, but include alternatives that offer “sufficient protection” to the government’s goals (*Hutterian*, at paragraph 55, emphasis in original).

[170] Le régime légal complexe qu’instaure la Loi est suffisamment adapté à ses objectifs pour satisfaire au critère du lien rationnel de l’analyse fondée sur l’article premier. Il est raisonnable de conclure que l’interdiction imposée par la Loi vise des pratiques dont on peut raisonnablement dire qu’elles sont contraires aux objectifs de la Loi et autorise des pratiques dont on ne peut pas raisonnablement dire la même chose.

4) *Les mesures contestées imposent-elles une restriction minimale?*

[171] À cette étape de l’analyse fondée sur l’article premier, il faut déterminer si « les mesures en cause restreignent le droit à la liberté d’expression aussi peu que cela est raisonnablement possible aux fins de la réalisation de l’objectif législatif » (*RJR-MacDonald*, au paragraphe 160). Bien que la disposition doive être soigneusement adaptée afin de réduire au minimum la restriction des droits constitutionnellement garantis, le processus d’adaptation « est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur » (*RJR-MacDonald*, au paragraphe 160). L’exigence est la suivante : « [l]a disposition doit être raisonnablement adaptée à ses objectifs; elle ne doit pas [...] porter atteinte au droit plus qu’il n’est raisonnablement nécessaire de le faire, eu égard aux difficultés pratiques et aux pressions contradictoires qui doivent être prises en considération » (*Sharpe*, au paragraphe 96, souligné dans l’original). Par conséquent, pour que la loi soit jugée valide à cette étape, il suffit que « le moyen en question ait été choisi parmi une gamme de solutions raisonnables au problème visé » (*Sharpe*, au paragraphe 96).

[172] La loi peut être jugée invalide dans le cas où « le gouvernement omet d’expliquer pourquoi il n’a pas choisi une mesure beaucoup moins attentatoire et tout aussi efficace » (*RJR-MacDonald*, au paragraphe 160). Comme la Cour suprême l’a dit clairement dans l’arrêt *Hutterian*, la mesure « tout aussi efficace » n’a pas à permettre « d’atteindre l’objectif *exactement* dans la même mesure que la mesure contestée », mais doit inclure des solutions de rechange qui « protègent suffisamment » l’objectif du gouvernement (*Hutterian*, au paragraphe 55, en italique dans l’original).

[173] The appellant faults the CRTC for rejecting its proposed alternatives despite acknowledging that these would impair paragraph 2(b) less than CASL. According to the appellant, this shows that the CRTC “fails to recognize the necessity of asking if there are less harmful means of achieving the legislative goal and if the ‘least drastic means’ was selected” (appellant’s constitutional memorandum, at paragraph 62). However, the appellant seems to misapprehend that the existence of less impairing alternatives cannot cause the impugned measures to fail the minimal impairment stage if those alternatives do not also provide sufficient protection to the government’s goals (*Hutterian*, at paragraph 55). As the Supreme Court stated at paragraph 54 of *Hutterian*, “[l]ess drastic means which do not actually achieve the government’s objective are not considered at this stage.” Having determined that the appellant’s alternatives fail to provide adequate protection to CASL’s legislative objectives, the CRTC was correct to reject them (CRTC Decision, at paragraph 150). What must now be determined is whether the CRTC’s assessment of the alternatives was correct.

[174] One alternative to CASL’s “opt-in” approach to recipient consent is the “opt-out” approach used in the American equivalent to CASL, *Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003*, 15 U.S.C. 103. This approach does not require recipients’ consent to commercial messages, but those messages must include an unsubscribe mechanism allowing recipients to opt-out of receiving further messages.

[175] While alternatives need not satisfy the legislature’s objectives to the exact same extent as the impugned measures, the opt-out model clearly fails to provide sufficient protection to more than one, if not all, of CASL’s objectives set out in section 3. If CEMs did not require consent from recipients, inboxes would be susceptible to inundation or, in colloquial parlance, being “blown up” by unsolicited commercial messages. This goes against the objective stated in paragraph 3(a) of preventing impairment of the efficiency and optimal use of electronic

[173] L’appelante reproche au CRTC d’avoir rejeté les solutions de rechange qu’elle proposait bien qu’il ait reconnu qu’elles auraient été moins attentatoires aux droits et libertés garantis par l’alinéa 2b) de la Charte que la Loi. Selon l’appelante, cela montre que le CRTC [TRADUCTION] « ne reconnaît pas la nécessité d’examiner s’il existe des moyens moins attentatoires de réaliser l’objectif législatif et si les “moyens les moins radicaux” ont été choisis » (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 62). Cependant, l’appelante semble oublier que l’existence de solutions de rechange moins attentatoires ne peut rendre les dispositions contestées invalides si ces solutions de rechange ne protègent pas suffisamment l’objectif du gouvernement (*Hutterian*, au paragraphe 55). La Cour suprême l’a affirmé au paragraphe 54 de l’arrêt *Hutterian* : « Les moyens moins attentatoires qui ne lui permettraient pas de réaliser son objectif ne sont pas examinés à ce stade. » Parce qu’il avait conclu que les solutions de rechange proposées par l’appelante ne protégeaient pas adéquatement les objectifs législatifs de la Loi, logiquement, le CRTC ne les a pas retenues (décision du CRTC, au paragraphe 150). Il faut maintenant déterminer si les conclusions du CRTC au sujet des solutions de rechange étaient correctes.

[174] Une solution de rechange au régime à « option d’adhésion » prévu par la Loi à l’égard du consentement du destinataire est le régime à « option de retrait » utilisé dans une loi américaine équivalente à la Loi, intitulée *Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003*, 15 U.S.C. 103. Sous ce régime, le destinataire n’a pas à donner son consentement aux messages commerciaux, mais ces derniers doivent comporter un mécanisme d’exclusion qui permet au destinataire de choisir de ne pas recevoir d’autres messages.

[175] Bien que les solutions de rechange n’aient pas à remplir les objectifs du législateur exactement dans la même mesure que les dispositions contestées, il est clair que le modèle du régime à option de retrait ne protège pas suffisamment l’un des objectifs, voire tous les objectifs, de la Loi énoncés à l’article 3. S’il n’était pas nécessaire d’obtenir le consentement du destinataire des MEC, les boîtes de réception pourraient être inondées ou, pour utiliser une expression familière, « exploser » à cause de messages commerciaux non sollicités. Une telle pratique

means to carry out commercial activities. It is also contrary to CASL's underlying goal of giving "businesses and consumers control over their inbox and over their computers" (*House of Commons Debates*, 40th Parl., 2nd Sess., No. 106 (3 November 2009) (Gordon Brown), at page 6581; JAB, at page 1143).

[176] The opt-out approach would also permit entrance of potentially harmful emails to inboxes where they might be mistakenly or innocently opened and their pernicious contents released. Surely, detailed explanation is not required to elucidate how this effectively compromises all of CASL's stated goals.

[177] Lastly, as the CRTC also indicated, the opt-out approach places the burden in terms of time, effort and, ultimately, cost, on recipients to avoid unsolicited messages, contrary to paragraph 3(b) of CASL, which aims to avoid additional costs to businesses and consumers. The fundamental issue with the opt-out model is that it permits spammers to continue sending spam. It is worth noting that the Government of Canada's 2005 Task Force on Spam specifically recommended that Canada adopt an opt-in approach in any future anti-spam legislation (Task Force on Spam Report, at pages 3, 14 and 15; JAB, at pages 11907, 11917 and 11918). The United States is, in fact, the only country in the G8 to use the opt-out model (respondent's constitutional memorandum, at paragraph 13). The opt-out model can, in my view, be safely discarded as a viable alternative to CASL for the purposes of the minimal impairment analysis.

[178] A second alternative to CASL raised by the appellant and considered by the CRTC is Australia's *Spam Act 2003* (Cth). Similar to CASL, the Australian act also

irait à l'encontre de l'objectif énoncé à l'alinéa 3a), qui est d'empêcher que l'on nuise à l'efficacité et à l'utilisation optimale des moyens de communication électronique dans le cadre des activités commerciales. Elle serait aussi contraire à l'objectif sous-jacent de la Loi de donner la possibilité « aux entreprises et aux consommateurs d'exercer un contrôle sur leur corbeille arrivée et sur leurs ordinateurs » (*Débats de la Chambre des communes*, 40^e lég., 2^e sess., n^o 106 (3 novembre 2009) (Gordon Brown), à la page 6581; dossier d'appel conjoint, à la page 1143).

[176] Le régime à option de retrait pourrait également permettre l'entrée de courriels potentiellement dommageables, qui pourraient être ouverts par erreur ou en toute innocence et ainsi déverser leur contenu pernicieux. Assurément, il n'est pas nécessaire de fournir des explications détaillées pour illustrer en quoi cette pratique serait contraire à tous les objectifs énoncés dans la Loi.

[177] Enfin, le CRTC a également affirmé que le régime à option de retrait impose un fardeau en temps, en efforts et, au bout du compte, en coûts sur les destinataires qui veulent échapper aux messages non sollicités, ce qui est contraire à l'alinéa 3b), qui vise à éviter les coûts supplémentaires pour les entreprises et les consommateurs. Le problème fondamental du régime à option de retrait est qu'il permet aux expéditeurs de pourriels de continuer à envoyer des pourriels. Il convient de rappeler que le Groupe de travail sur le pourriel établi par le gouvernement du Canada en 2005 a précisément recommandé que le Canada adopte un régime à option d'adhésion dans sa future législation anti-pourriels (Rapport du Groupe de travail sur le pourriel, aux pages 3, 14 et 15; dossier d'appel conjoint, aux pages 11907, 11917 et 11918). Les États-Unis sont en fait le seul pays du G8 à avoir utilisé le régime à option de retrait (mémoire de l'intimé sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 13). À mon avis, on peut conclure sans risque de se tromper que le modèle à option de retrait ne constitue pas une solution de rechange valable au régime prévu par la Loi dans le cadre de l'analyse sur l'atteinte minimale.

[178] Une deuxième solution de rechange à la Loi proposée par l'appelante et examinée par le CRTC est la loi adoptée par l'Australie, intitulée *Spam Act 2003* (Cth).

employs an opt-in model with various exceptions. The main differences between the two acts, for our purposes, are twofold. First, the Australian act employs a closed definition of CEM, as opposed to CASL's open-ended definition. Second, the Australian act has an open-ended definition of inferred consent, whereas CASL specifically prescribes the circumstances where consent may be implied. The CRTC's conclusion with respect to this alternative was that it did not clearly impair free expression less than CASL, a conclusion with which I must agree.

[179] Subsection 1(2) of CASL defines CEM as an electronic message that has, as one of its purposes, encouraging participation in a commercial activity. Paragraphs 1(2)(a) through (d) then provide a list of descriptions of messages that fall within, but do not exhaust, this definition. Conversely, section 6 of the Australian act restricts the definition of CEM to an electronic message that conforms to any of the enumerated descriptions in that provision, which closely mirror the descriptions in paragraphs 1(2)(a) through (d) of CASL.

[180] CASL's definition of CEM thus captures all expression captured in the Australian act. The key difference between the two, with respect to impairing free expression, is the subset of electronic messages that would not conform to the descriptions in paragraphs 1(2)(a) through (d) of CASL, but would nevertheless be captured by CASL because they could reasonably be said to encourage participation in a commercial activity.

[181] It is my view that the enumerated descriptions of what constitutes a CEM in section 6 of the Australian act and paragraphs 1(2)(a) through (d) of CASL are quite comprehensive. I am therefore not persuaded that the range of electronic messages that would not conform to those descriptions, yet could reasonably be said to encourage participation in a commercial activity, is very considerable. The more general terms that underlie the definition of CEM in CASL merely afford flexibility to deal with

Comme la Loi, cette loi australienne établit un régime à option d'adhésion comportant diverses exceptions. Pour nos besoins, il y a deux principales différences entre la loi canadienne et la loi australienne. En premier lieu, la loi australienne adopte une définition fermée du terme MEC, tandis que la définition de ce terme dans la Loi est ouverte. En second lieu, la loi australienne comporte une définition ouverte du consentement tacite, tandis que la Loi énonce avec précision les circonstances dans lesquelles il y a consentement tacite. Au sujet de cette solution de rechange, le CRTC a conclu qu'il n'était pas manifeste qu'elle porterait moins atteinte à la liberté d'expression que la Loi, une conclusion à laquelle je ne peux que souscrire.

[179] Le paragraphe 1(2) de la Loi définit le MEC comme étant un message qui a pour but, entre autres, d'encourager la participation à une activité commerciale. Les alinéas 1(2)a) à d) présentent ensuite une liste, qui n'est pas exhaustive, de descriptions de messages qui sont visés par cette définition. À l'opposé, l'article 6 de la loi australienne limite la définition des MEC aux messages qui correspondent à l'une ou l'autre des descriptions énumérées dans cette disposition, lesquelles sont quasi identiques à celles figurant aux alinéas 1(2)a) à d) de la Loi.

[180] Par conséquent, la définition de MEC figurant dans la Loi vise les mêmes formes d'expression que celles visées par la loi australienne. La différence essentielle entre les deux, en ce qui concerne l'atteinte à la liberté d'expression, est le sous-ensemble de messages électroniques qui ne seraient pas conformes aux descriptions des alinéas 1(2)a) à d) de la Loi, mais qui seraient néanmoins visés par la Loi parce qu'on pourrait raisonnablement conclure qu'ils encouragent la participation à une activité commerciale.

[181] À mon avis, les descriptions de ce qui constitue un MEC énumérées à l'article 6 de la loi australienne et aux alinéas 1(2)a) à d) de la LCAP sont passablement complètes. Je ne suis donc pas convaincu qu'il reste un vaste éventail de messages électroniques qui ne correspondraient pas à ces descriptions, mais qui pourraient être considérés comme encourageant la participation à une activité commerciale. Les termes plus généraux dans lesquels est formulée la définition de MEC dans la Loi ne fait

borderline or ambiguous cases that cannot be anticipated in advance—certainly no such a case is raised on the facts now before us. This added measure of flexibility is not fatal to the legislation.

[182] The differential in expression captured by CASL relative to the Australian act is narrow enough, in my view, to find that both the open and closed approaches to defining CEM fall within the range of reasonable alternatives. This prevents CASL from foundering at the minimal impairment stage, since, as the Supreme Court has made clear, “to establish justification it is not necessary to show that Parliament has adopted the least restrictive means of achieving its end. It suffices if the means adopted fall within a range of reasonable solutions to the problem confronted” (*Sharpe*, at paragraph 96).

[183] For similar reasons, I cannot agree that an open-ended approach to inferring consent, as in paragraph 2(b) [of Schedule 2] of the Australian act, is significantly less intrusive of free expression than CASL’s implied consent model, which, as the CRTC stated, “enumerates a greater number of more specific methods of implying consent” relative to the Australian act (Constitutional Decision, at paragraph 162).

[184] The appellant makes, with no supporting analysis, a number of additional suggestions that may well infringe free expression less than CASL but that would just as likely fail to provide sufficient protection to CASL’s objectives. These suggestions include: requiring that a CEM’s primary purpose, rather than only one of its purposes, be commercial; doing away with the unsubscribe requirement for “purely transactional messages or safety warnings”; limiting CEMs to bulk messages; not considering material available via hyperlinks in determining whether a message is a CEM; and not prohibiting messages that promote a person as being a person who sells a product or service (appellant’s constitutional memorandum, at paragraphs 64–65).

qu’offrir une certaine souplesse par rapport aux cas limites ou aux cas ambigus qu’on ne peut prévoir — chose certaine, au vu des faits portés à notre connaissance, nous ne sommes pas saisis de l’un de ces cas. Cette souplesse supplémentaire n’a pas pour effet d’invalider les dispositions.

[182] La différence entre les formes d’expression visées par la LCAP et celles visées par la loi australienne est, à mon avis, suffisamment étroite pour que l’on puisse conclure que le modèle ouvert et le modèle fermé de la définition des MEC font l’un et l’autre partie de la gamme des solutions de rechange raisonnables. Il s’ensuit que la LCAP ne peut être jugée invalide à l’étape de l’atteinte minimale, car la Cour suprême a affirmé clairement que, « pour établir la justification, il n’est pas nécessaire de démontrer que le législateur a choisi le moyen le moins restrictif de réaliser son objectif. Il suffit que le moyen en question ait été choisi parmi une gamme de solutions raisonnables au problème visé » (*Sharpe*, au paragraphe 96).

[183] Pour des motifs semblables, je ne peux souscrire à l’argument voulant que le modèle ouvert permettant d’inférer le consentement, tel qu’il est énoncé à l’alinéa 2b) [de l’annexe 2] de la loi australienne, soit manifestement moins attentatoire à la liberté d’expression que le modèle de consentement tacite énoncé dans la LCAP, lequel, dans les mots du CRTC, « définit des méthodes plus précises et en plus grand nombre pour obtenir l’équivalence du consentement » que son équivalent australien (décision sur la constitutionnalité, au paragraphe 162).

[184] L’appelante présente, sans analyse à l’appui, d’autres propositions qui sont possiblement moins attentatoires à la liberté d’expression que la Loi, mais qui, tout aussi probablement, ne protégeraient pas suffisamment les objectifs de la Loi. Ces propositions comptent notamment les suivantes : exiger que le but principal du MEC, plutôt que seulement un de ses buts, soit commercial; abolir l’exigence du mécanisme d’exclusion pour [TRADUCTION] « les messages purement transactionnels ou les avertissements de sécurité »; limiter les MEC aux envois de masse; ne pas prendre en compte le contenu inclus par hyperlien pour déterminer si un message est un MEC; et ne pas interdire les messages qui font la promotion d’une personne en tant que personne qui vend des produits ou des services (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, aux paragraphes 64 et 65).

[185] The appellant states, at paragraph 65 of its constitutional memorandum, that “any of these alternative measures would have been ‘less drastic’ and would have achieved the government’s stated goals of curbing ‘the most damaging and deceptive forms of spam’ and curbing impediments to ecommerce” (emphasis in original). It is far from clear to me—perhaps not least because the appellant did not expatiate on these alternatives to any degree—that any of the appellant’s alternatives would be sufficiently less impairing than CASL to take the latter outside the range of reasonable alternatives. The appellant is also only able to make its suggestions appear palatable by once again understating CASL’s objectives. When the Act’s objectives are properly considered, it is clear that the appellant’s suggestions would not provide sufficient protection to render them viable alternatives for the purposes of the minimal impairment test.

[186] It should also be noted that more than one of the appellant’s suggestions for reducing impairment are already incorporated in CASL’s framework, including exemptions for beneficial actors (Governor in Council Regulations, paragraphs 3(g)–(h)) and those with personal or family relationships (CASL, paragraphs 6(5)(a)–(b)).

[187] Finally, the appellant states that the Parliamentary Standing Committee on Industry, Science and Technology (Committee) made “many recommendations that would reduce the chill and impact of CASL on legitimate expression.” The appellant claims that these recommendations, on their own, make it “impossible to sustain” the argument that CASL is minimally impairing (appellant’s constitutional memorandum, at paragraph 66). However, none of the 13 recommendations made by the Committee in its report on CASL could be classified as an “alternative” for the purposes of the minimal impairment stage, nor do they suggest that CASL is not minimally impairing. The recommendations do no more than call for clarification on some of CASL’s terms to ensure that the provisions “are clear and understandable for parties subject to the legislation and do not create unintended costs

[185] L’appelante soutient, au paragraphe 65 de son mémoire sur les questions constitutionnelles, que [TRADUCTION] « n’importe laquelle de ces solutions de rechange aurait été “moins radicale” et aurait atteint les objectifs énoncés par le gouvernement de mettre fin aux “pourriels sous leurs formes les plus dangereuses et trompeuses” et de supprimer des éléments nuisibles au commerce électronique » (souligné et en gras dans l’original). À mon sens, il est n’est pas du tout clair que les solutions de rechange que l’appelante propose — peut-être parce qu’elle ne les a pas du tout explicitées — seraient moins attentatoires que la Loi à un point suffisant pour que cette dernière ne fasse pas partie de la gamme des solutions de rechange raisonnables. Et encore une fois, l’appelante ne parvient à donner à ses solutions de rechange l’apparence qu’elles sont acceptables qu’en amoindrissant les objectifs de la Loi. Lorsque ceux-ci sont correctement pris en considération, il devient manifeste que les propositions de l’appelante ne protégeraient pas suffisamment les objectifs législatifs pour qu’elles soient valides aux fins de l’analyse sur l’atteinte minimale.

[186] Il faut aussi souligner que plusieurs des solutions proposées par l’appelante pour réduire l’atteinte à la liberté font déjà partie du cadre établi par la Loi, y compris des exceptions pour les organisations faisant œuvre de bienfaisance (Règlement, alinéas 3g) et h)) et les personnes entretenant des relations privées ou ayant des liens familiaux (Loi, al. 6(5)a) et b)).

[187] Enfin, l’appelante soutient que le Comité permanent de l’industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes (le Comité) a formulé [TRADUCTION] « de nombreuses recommandations qui diminueraient l’effet dissuasif et les répercussions qu’a la Loi sur les formes d’expression légitimes ». L’appelante soutient que ces recommandations, à elles seules, font qu’il est [TRADUCTION] « impossible de soutenir » que la Loi est minimalement attentatoire (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 66). Cependant, aucune des 13 recommandations formulées par le Comité dans son rapport sur la LCAP ne pourrait constituer une « solution de rechange » pouvant servir à l’étape de l’analyse sur l’atteinte minimale, pas plus que ces recommandations ne donnent à penser que les restrictions apportées par la Loi ne sont pas minimalement

of compliance.” These recommendations do not support the appellant’s argument that CASL limits free expression more than necessary to achieve its objectives.

(5) *Is There Proportionality Between the Benefits and Deleterious Effects of the Impugned Measures?*

[188] The final stage of the section 1 analysis asks of the infringing measures “whether the consequences of the violation are too great when measured against the benefits that may be achieved” (*Thomson Newspapers* 1998, at paragraph 125). For the purposes of this inquiry, the law’s deleterious effects are “measured by the values underlying the *Charter*.” (*Thomson Newspapers* 1998, at paragraph 125). In other words, this stage examines whether the law is “productive of benefits that outweigh the detriment to freedom of expression” without considering other forms of detriment occasioned by the law (*Guignard*, at paragraph 28). More specifically, costs in terms of dollar value are not relevant.

[189] CASL curtails free expression by presumptively prohibiting unsolicited CEMs. Messages that do not fall under an exception may only be sent if they meet the requirements prescribed by the Act, namely, recipients have consented, expressly or impliedly, to receive the message and the message contains an unsubscribe mechanism as well as the sender’s identification and contact information. The constitutionally protected expression implicated by CASL is therefore not banned, but regulated.

[190] The appellant argues that this regulation has a chilling effect on “legitimate and beneficial commercial speech as well as political and religious speech, outreach to disadvantaged communities, charitable and public benefit endeavors, [and] advertising by professionals” (appellant’s constitutional memorandum, at paragraph 73).

attentatoires. Les recommandations ne font que demander des éclaircissements sur certains termes de la Loi, pour que les dispositions « soient claires et intelligibles pour les parties visées par la Loi et qu’elles n’engendrent pas des coûts de conformité indus ». Ces recommandations n’étaient pas l’argument de l’appelante selon lequel la Loi restreint la liberté d’expression plus qu’il n’est nécessaire pour la réalisation de ses objectifs.

5) *Y a-t-il proportionnalité entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables des mesures contestées?*

[188] La dernière étape de l’analyse fondée sur l’article premier consiste à examiner si « les conséquences [des dispositions attentatoires] sont disproportionnées aux avantages pouvant en découler » (*Thomson Newspapers* 1998, au paragraphe 125). Pour les besoins de cet examen, les effets préjudiciables des dispositions sont « mesurés au regard des valeurs consacrées par la *Charte* » (*Thomson Newspapers* 1998, au paragraphe 125). *En d’autres mots, cette étape porte sur la question de savoir si la disposition « produi[t] des avantages qui l’emportent sur les effets négatifs de l’atteinte à la liberté d’expression »* (*Guignard*, au paragraphe 28). Plus précisément, les coûts en argent ne sont pas pertinents.

[189] La Loi restreint la liberté d’expression en créant une présomption d’interdiction contre les MEC non sollicités. Les messages qui ne sont pas visés par une exception ne peuvent être envoyés que s’ils satisfont aux exigences prévues par la Loi, c’est-à-dire que le destinataire a consenti, expressément ou tacitement, à recevoir le MEC et que le message comporte un mécanisme d’exclusion ainsi que le nom et les coordonnées de l’expéditeur. La forme d’expression protégée constitutionnellement assujettie à la Loi n’est donc pas interdite, mais réglementée.

[190] L’appelante soutient que cette réglementation a un effet dissuasif sur [TRADUCTION] « le discours commercial légitime et bénéfique de même que sur le discours politique et religieux, l’action directe dans les communautés défavorisées, les œuvres caritatives et dédiées au bien public, [et] la publicité par les professionnels » (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 73).

[191] With respect to the non-commercial forms of speech referred to by the appellant, CASL presents an obstacle only where such speech has a commercial purpose. The harm to these other forms of speech is therefore *de minimis* since CASL does not in any way impede their expression in non-commercial forms. CASL also contains exceptions for some of these forms of speech even when expressed for a commercial purpose. For instance, section 3 of the Governor in Council Regulations clarifies that CASL's prohibition does not extend to messages soliciting donations for registered charities within the meaning of subsection 248(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1. A registered charity, for the purposes of the *Income Tax Act*, includes any organization whose purpose is the relief of poverty, advancement of education or religion, or is otherwise demonstrably beneficial to the public (*Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women v. Minister of National Revenue*, [1999] 1 S.C.R. 10, 1999 CanLII 704, at paragraph 42).

[192] The appellant describes “the legitimate and beneficial commercial speech” affected by CASL as messages that “foster or continue business relationships, communicate beneficial information to consumers, and provide consumers with economic choices” (appellant’s constitutional memorandum, at paragraph 75). I note that CASL’s exceptions extend to existing business relationships (CASL, paragraph 10(9)(a), subsection 10(10)) as well as circumstances where consumers are provided with a variety of beneficial information such as product warranty, safety, security or recall information, and information in furtherance of a prior transaction (CASL, subsection 6(6)). Consumers also always have the option of consenting to receive CEMs about economic choices concerning which they desire more information.

[193] Based on the foregoing, I cannot accept the appellant’s submission that CASL has any substantial deleterious effect on forms of expression other than commercial expression and find that the Act’s impact on commercial expression is mitigated by numerous exceptions and a prescribed method of compliance.

[191] En ce qui concerne les formes non commerciales de discours mentionnées par l’appelante, la Loi ne constitue un obstacle que lorsque ces discours ont un but commercial. L’atteinte portée à ces autres formes de discours est par conséquent négligeable puisque la Loi n’entrave en aucune façon les formes d’expression non commerciales. La Loi prévoit également des exceptions pour certaines de ces formes d’expression même lorsqu’elles ont un but commercial. Par exemple, l’article 3 du Règlement précise que l’interdiction établie par la Loi ne vise pas les messages sollicitant des dons pour les organismes de bienfaisance enregistrés au sens du paragraphe 248(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1. L’organisme de bienfaisance enregistré, au sens de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, comprend tout organisme agissant à des fins de soulagement de la pauvreté, de promotion de l’éducation et de promotion de la religion ou à d’autres fins manifestement utiles à la société (*Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women c. Ministre du Revenu national*, [1999] 1 R.C.S. 10, 1999 CanLII 704, au paragraphe 42).

[192] L’appelante soutient que [TRADUCTION] « le discours commercial légitime et bénéfique » affecté par la Loi est un message qui [TRADUCTION] « renforce ou continue une relation d’affaires, communique des renseignements à l’avantage du consommateur et fournit au consommateur des choix économiques » (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 75). J’observe que les exceptions prévues par la Loi s’appliquent aux relations d’affaires existantes (LCAP, alinéa 10(9)a), paragraphe 10(10)) ainsi qu’aux situations où le consommateur reçoit de l’information utile comme des renseignements en matière de garantie, de sécurité ou de rappel à l’égard d’un produit ou des renseignements qui font suite à une transaction antérieure (LCAP, paragraphe 6(6)). Les consommateurs ont toujours la possibilité de consentir à recevoir des MEC sur des choix économiques s’ils veulent plus de renseignements.

[193] Compte tenu de ce qui précède, je ne peux souscrire à l’observation de l’appelante selon laquelle la Loi a des effets préjudiciables importants sur des formes d’expression autres que l’expression commerciale et je conclus que les répercussions de la Loi sur l’expression commerciale sont atténuées par de nombreuses exceptions et un mécanisme de conformité réglementaire.

[194] In assessing CASL's harm to freedom of expression, it must also be said that commercial expression is not as jealously guarded as some other forms of expression. The three fundamental values underlying paragraph 2(b) of the Charter were set out by the Supreme Court in *Keegstra*. These were summarized at paragraph 72 of *RJR-MacDonald* as follows: "the search for political, artistic and scientific truth, the protection of individual autonomy and self-development, and the promotion of public participation in the democratic process." It is well established that "not all expression is equally worthy of protection" (*Rocket v. Royal College of Dental Surgeons (Ontario)*, [1990] 2 S.C.R. 232, at page 247, (1990), 71 D.L.R. (4th) 68 (*Rocket*), citing *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, (1989), 64 D.L.R. (4th) 577). More particularly, "when the form of expression placed in jeopardy falls farther from the 'centre core of the spirit'... restrictions on such expression [are] less difficult to justify." (*RJR-MacDonald*, at paragraph 72).

[195] The appellant argues that commercial expression lies close to the core values protected by paragraph 2(b). At paragraph 69 of its constitutional memorandum, the appellant says that the CRTC made "a fundamental error" in finding CEMs fall outside the core of paragraph 2(b), contrary to "the clear findings of *Guignard*, *Irwin Toy*, *Ford* and other cases". However, none of the cases cited by the appellant support its argument that commercial expression lies near the core of paragraph 2(b). Both *Guignard* and *Irwin Toy* rely on *Ford* as authority for the proposition that commercial expression warrants constitutional protection. Both cases cite the same passage from page 618 [D.L.R.] of *Ford* [at pages 766–767 S.C.R.]:

....Given the earlier pronouncements of this Court to the effect that the rights and freedoms guaranteed in the Canadian *Charter* should be given a large and liberal interpretation, there is no sound basis on which commercial expression can be excluded from the protection of s. 2(b) of the *Charter*.

[194] En évaluant l'atteinte que porte la Loi à la liberté d'expression, il faut préciser que l'expression commerciale n'est pas une forme d'expression aussi farouchement protégée que d'autres formes. Les trois valeurs fondamentales au cœur de l'alinéa 2b) de la Charte ont été énoncées par la Cour suprême dans l'arrêt *Keegstra*. Elles ont été résumées ainsi au paragraphe 72 de l'arrêt *RJR-MacDonald* : « la découverte de la vérité dans les affaires politiques et dans les entreprises scientifiques et artistiques, la protection de l'autonomie et de l'enrichissement personnels et la promotion de la participation du public au processus démocratique ». Il est bien établi que « ce ne sont pas toutes les expressions qui méritent la même protection » (*Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, à la page 247, 1990 CanLII 121 (*Rocket*), citant *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 1989 CanLII 20). Plus particulièrement, « lorsque la forme d'expression menacée s'écarte beaucoup de l'"esprit même" de la garantie, [...] les restrictions à cette expression sont moins difficiles à justifier » (*RJR-MacDonald*, au paragraphe 72).

[195] L'appelante soutient que l'expression commerciale s'assimile aux valeurs fondamentales protégées par l'alinéa 2b). Au paragraphe 69 de son mémoire sur les questions constitutionnelles, elle soutient que le CRTC a commis [TRADUCTION] « une erreur fondamentale » en concluant que les MEC ne sont pas compris dans les valeurs fondamentales de l'alinéa 2b), en contradiction avec [TRADUCTION] « les conclusions claires tirées notamment dans les arrêts *Guignard*, *Irwin Toy* et *Ford* ». Cependant, aucun des arrêts invoqués par l'appelante n'étaye son argument voulant que l'expression commerciale s'assimile aux valeurs fondamentales protégées par l'alinéa 2b). Les arrêts *Guignard* et *Irwin Toy* citent tous deux l'arrêt *Ford* à l'appui de l'affirmation selon laquelle l'expression commerciale bénéficie d'une protection constitutionnelle. Les deux arrêts citent le même passage aux pages 766 et 767 de l'arrêt *Ford* :

[...] Étant donné que cette Cour a déjà affirmé à plusieurs reprises que les droits et libertés garantis par la *Charte* canadienne doivent recevoir une interprétation large et libérale, il n'y a aucune raison valable d'exclure l'expression commerciale de la protection de l'al. 2b) de la *Charte*.

[196] Far from suggesting commercial expression lies at the core of paragraph 2(b), *Ford, Guignard and Irwin Toy* all indicate commercial expression warrants constitutional protection only because Charter freedoms are to be given a “large and liberal interpretation”.

[197] In my view, the Supreme Court’s discussion of commercial expression in both *Keegstra* and *Rocket* leaves no doubt that this form of expression lies some distance from the core of section 2(b) and warrants a commensurately reduced level of protection. Pages 246 and 247 of *Rocket*, as I read them, could have no other meaning:

While the Canadian approach does not apply special tests to restrictions on commercial expression, our method of analysis does permit a sensitive, case-oriented approach to the determination of their constitutionality. Placing the conflicting values in their factual and social context when performing the s. 1 analysis permits the courts to have regard to special features of the expression in question. As Wilson J. notes in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, not all expression is equally worthy of protection. Nor are all infringements of free expression equally serious.

The expression limited by this regulation is that of dentists who wish to impart information to patients or potential patients. Their motive for doing so is, in most cases, primarily economic. Conversely, their loss, if prevented from doing so, is merely loss of profit, and not loss of opportunity to participate in the political process or the “marketplace of ideas”, or to realize one’s spiritual or artistic self-fulfillment: see *Irwin Toy, supra*, at p. 976. This suggests that restrictions on expression of this kind might be easier to justify than other infringements of s. 2(b). [My emphasis.]

[198] I understand the reference to this passage at paragraph 88 of *Keegstra* to impute the same meaning to it

[196] Les arrêts *Ford, Guignard et Irwin Toy* n’établissent pas que l’expression commerciale constitue une valeur fondamentale protégée par l’alinéa 2b), bien au contraire. Il y est écrit que l’expression commerciale doit être protégée constitutionnellement seulement parce que les libertés garanties par la Charte doivent recevoir « une interprétation large et libérale ».

[197] À mon avis, la Cour suprême, dans l’analyse qu’elle a faite de l’expression commerciale dans les arrêts *Keegstra* et *Rocket*, ne laisse aucun doute quant au fait que cette forme d’expression se trouve à une certaine distance des valeurs fondamentales protégées par l’alinéa 2b) et commande un niveau de protection proportionnellement moindre. Les pages 246 et 247 de l’arrêt *Rocket*, à mon sens, ne peuvent vouloir dire autre chose :

Bien que la méthode canadienne ne consiste pas à appliquer des critères spéciaux aux restrictions imposées à l’expression commerciale, notre méthode d’analyse permet d’aborder la détermination de leur constitutionnalité avec sensibilité et en fonction de chaque cas particulier. En situant les valeurs contradictoires dans leur contexte factuel et social au moment de procéder à l’analyse fondée sur l’article premier, les tribunaux ont la possibilité de tenir compte des caractéristiques spéciales de l’expression en question. Comme le juge Wilson le fait remarquer dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, ce ne sont pas toutes les expressions qui méritent la même protection. Toutes les violations de la liberté d’expression ne sont pas également graves.

L’expression qui est restreinte par ce règlement est celle de dentistes qui désirent communiquer des renseignements à des patients réels ou éventuels. Dans la plupart des cas, leur raison d’agir ainsi est principalement d’ordre économique. À l’inverse, s’ils sont empêchés d’agir ainsi, la perte qu’ils subissent est simplement une perte de bénéfice et non une perte d’occasion de participer au processus politique ou au « marché des idées », ou de réaliser un épanouissement personnel sur le plan spirituel ou artistique : voir *Irwin Toy*, précité, à la p. 976. Cela laisse entendre qu’il se pourrait que des restrictions imposées à des expressions de ce genre soient plus faciles à justifier que d’autres atteintes à l’al. 2b). [Non souligné dans l’original.]

[198] Je crois que, lorsqu’il est fait renvoi à cet extrait au paragraphe 88 de l’arrêt *Keegstra*, on y attribue la même

that I have: restrictions on commercial expression are more easily justifiable than limits on some other types of expression, like political expression, that lie closer to the core of the guarantee in paragraph 2(b) (see also *Sharpe*, at paragraph 23). This must be borne in mind when weighing the value of the expression infringed by CASL.

[199] Relative to CASL's deleterious effects on free expression, I consider its benefits to be considerable. Spam is a nuisance that has the potential, if left unregulated, to wreak the substantial and negative effects on Canada's economy that Parliament has sought to prevent through this legislation. The volume of spam CASL shields Canadian internet users from is enormous—there is evidence on the record that spam made up fully 90 percent of all email sent in 2014 (respondent's memorandum, at paragraph 7, citing JAB, at page 12067). CASL's benefits are not marginal.

[200] Nor are CASL's benefits speculative. Within one year of CASL coming into force, spam emanating from Canada dropped by 37 percent, removing Canada from among the world's top five spam-producing countries and placing it outside the top twenty (respondent's constitutional memorandum, at paragraph 19, citing JAB, at pages 3625, 13968–14017). While these figures indicate that CASL has been effective in the practical matter of reducing spam, there is evidence that the benefits to Canada's e-economy that spam-reduction was meant to promote are also being realized. Statistics indicate an increase in the proportion of CEMs reaching their designated recipients as well as in the proportion of CEMs opened and read by recipients following CASL's enactment (respondent's constitutional memorandum, at paragraph 21, citing JAB, at pages 13988–13989). Evidence furthermore suggests email marketing performance among Canadian companies increased by more than 20 percent over the same period while retail e-commerce sales in Canada also rose (respondent's constitutional memorandum, at paragraph 21, citing JAB, at page 14060; Constitutional Decision, at paragraph 180).

interprétation que j'en fais : les restrictions à l'expression commerciale se justifient beaucoup plus facilement que les restrictions à d'autres formes d'expression, comme l'expression politique, qui sont plus au cœur des valeurs protégées par l'alinéa 2b) (voir aussi *Sharpe*, au paragraphe 23). Il faut garder ce principe à l'esprit lorsque l'on apprécie l'expression restreinte par la Loi.

[199] En ce qui concerne les effets de la Loi restreignant la liberté d'expression, je crois qu'ils apportent des avantages considérables. Les pourriels sont une nuisance et, s'ils n'étaient pas réglementés, ils pourraient avoir des effets importants et néfastes sur l'économie du Canada, que le législateur tente d'éviter par la Loi. La quantité de pourriels que la Loi empêche les internautes canadiens de recevoir est énorme : des éléments de preuve au dossier montrent que les pourriels ont compté pour au moins 90 p. 100 de tous les courriels envoyés en 2014 (mémoire de l'intimé, au paragraphe 7, citant le dossier d'appel conjoint, à la page 12067). Les avantages de la Loi ne sont pas infimes.

[200] Les avantages de la Loi ne relèvent pas non plus de la conjecture. Dans l'année suivant l'entrée en vigueur de la Loi, le nombre de pourriels provenant du Canada a chuté de 37 p. 100, après quoi le Canada non seulement ne se trouvait plus parmi les cinq premiers dans le classement des pays produisant le plus de pourriels au monde, mais ne se trouvait plus parmi les vingt premiers (mémoire de l'intimé sur les questions constitutionnelles, par. 19, citant le dossier d'appel conjoint, aux pages 3625 et 13968 à 14017). Bien que ces chiffres montrent que la Loi a été efficace sur la question bien réelle de la diminution de la quantité de pourriels, des éléments de preuve montrent également que les avantages que la diminution de la quantité de pourriels est censée apporter à la cyberéconomie canadienne se sont concrétisés. Des statistiques montrent qu'après l'édiction de la Loi, il y a eu une augmentation de la proportion de MEC atteignant leurs destinataires ainsi que de la proportion de MEC ouverts et lus par leurs destinataires (mémoire de l'intimé sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 21, citant le dossier d'appel conjoint, aux pages 13988 et 13989). Des éléments de preuve montrent en outre que le rendement du marketing par courriel chez les entreprises canadiennes a augmenté de plus de 20 p. 100 au cours de la même

[201] The appellant questions whether these benefits are actually attributable to CASL, highlighting the Committee's statement that "[w]hether the Act effectively reduced spam originating from Canada is difficult to ascertain" (appellant's constitutional memorandum, at paragraph 74; JAB, at page 13987). While the appellant seeks to infer that this is an indication that the Committee shares its view that CASL's benefits are illusory, it is telling that the Committee's report suggests no major overhauls and only minor clarifications to CASL so that it "continues" to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy" (JAB, at page 13978, my emphasis).

[202] In conclusion, I find that CASL's benefits outweigh its detrimental effects on freedom of expression.

C. Does CASL Violate Section 11 of the Charter?

[203] The appellant also argues that CASL's AMP regime violates paragraph 11(d) of the Charter. Section 11 guarantees a number of procedural protections to "any person charged with an offence". Proceedings resulting in administrative sanctions do not trigger section 11 protections (*Guindon*, at paragraph 44). The appellant's section 11 argument thus hinges on a finding that it has been charged with a criminal offence. A statutory infraction is a criminal offence for the purposes of section 11 where the process by which the penalty is imposed is criminal by its very nature or where a true penal consequence flows from the sanction (*Guindon*, at paragraphs 44 and 51).

(1) *Is the AMP Proceeding "Criminal in Nature"?*

[204] The Supreme Court highlighted three factors that guide the determination of whether proceedings are

période et que les ventes au détail en ligne ont également augmenté (mémoire de l'intimé sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 21, citant le dossier d'appel conjoint, à la page 14060; décision sur la constitutionnalité, au paragraphe 180).

[201] L'appelante met en doute le fait que ces avantages soient véritablement issus de la Loi, soulignant la déclaration du Comité selon laquelle « [i]l est difficile d'établir que la diminution des pourriels provenant du Canada est attribuable à la Loi » (mémoire de l'appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 74; dossier d'appel conjoint, à la page 13987). Bien que l'appelante tente d'en déduire que le Comité partage son opinion voulant que les avantages apportés par la Loi soient illusoire, il est révélateur que le rapport du Comité ne propose aucune refonte majeure de la Loi, mais seulement des éclaircissements mineurs pour que la Loi « continue de "promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne" » (dossier d'appel conjoint, à la page 13978, non souligné dans l'original).

[202] Au bout du compte, je conclus que les avantages de la Loi l'emportent sur ses effets préjudiciables sur la liberté d'expression.

C. La Loi enfreint-elle l'article 11 de la Charte?

[203] L'appelante soutient également que le régime de SAP enfreint l'alinéa 11d) de la Charte. L'article 11 offre diverses protections procédurales à « tout inculpé ». Les procédures résultant de sanctions administratives ne donnent pas lieu à l'application des protections prévues à l'article 11 (*Guindon*, au paragraphe 44). Pour que l'argument de l'appelante fondé sur l'article 11 soit retenu, il faudrait conclure qu'elle a été accusée d'une infraction criminelle. Les contraventions à une loi sont de nature criminelle pour l'application de l'article 11 lorsque, par sa nature même, la procédure est criminelle ou lorsqu'une véritable conséquence pénale découle de la sanction (*Guindon*, au paragraphes 44 et 51).

1) *Le régime de la SAP est-il de nature criminelle?*

[204] La Cour suprême du Canada a mis en évidence trois facteurs à utiliser pour déterminer si une procédure est de

criminal or administrative in nature: the objectives of the legislation; the objectives of the sanction; and the process leading to the imposition of the sanction (*Guindon*, at paragraph 52).

(a) Objectives of the Legislation

[205] This inquiry considers whether the objectives of the proceedings, examined in their full legislative context, have a regulatory or penal purpose (*Guindon*, at paragraph 53). While penal proceedings typically aim to “bring the subject of the proceedings ‘to account to society’ for conduct ‘violating the public interest’”, administrative proceedings seek to maintain compliance or regulate conduct within a limited sphere of activity (*Guindon*, at paragraphs 45 and 53).

[206] As discussed, the impugned legislative scheme regulates the sending of unsolicited CEMs to prevent impairment of the e-economy and costs to businesses and consumers, as well as to protect confidential information and Canadians’ confidence in e-commerce. The scheme thus aims to regulate conduct in a limited sphere of activity—the sending of CEMs—to protect Canadians by regulating certain commercial conduct. CASL’s AMP proceedings are part of a regulatory framework for the protection of the public and are “generally not the sort of proceedings that engage s. 11” (*Guindon*, at paragraph 53, citing *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, (1987), 45 D.L.R. (4th) 235).

[207] Hansard also suggests CASL’s AMP regime has a regulatory purpose:

One of the best ways to combat spam is through effective legislation. Bill C-27 puts in place important provisions that would protect Canadian consumers and businesses from the most damaging and deceptive forms of electronic harm. It provides a regulatory regime to promote compliance and protect the privacy and personal security of Canadians in the online environment. It provides a clear set of rules that will benefit all Canadians. It will encourage confidence in online communications and e-commerce.”

nature criminelle ou administrative : l’objet de la loi, l’objectif de la sanction et le processus menant à la sanction (*Guindon*, au paragraphe 52).

a) L’objet de la loi

[205] Cette partie de l’analyse consiste à examiner si l’objet de la procédure, considéré dans son contexte législatif global, est de nature réglementaire ou pénale (*Guindon*, au paragraphe 53). La procédure qui est de nature criminelle vise à « amener la personne en cause “à rendre compte à la société” d’une conduite “contraire à l’intérêt public” », tandis que la procédure qui est de nature administrative vise l’observation des règles ou la réglementation de la conduite dans une sphère d’activité limitée (*Guindon*, au paragraphes 45 et 53).

[206] Il a été établi plus haut que le régime législatif contesté régit l’envoi de MEC non sollicités pour empêcher les nuisances à la cyberéconomie et l’imposition de coûts aux entreprises et aux consommateurs ainsi que pour protéger les renseignements confidentiels et la confiance des Canadiens dans le commerce électronique. Le régime a donc pour objet de régir une conduite dans une sphère d’activité limitée — l’envoi de MEC — pour protéger les Canadiens par la réglementation de certaines pratiques commerciales. Les procédures menant aux SAP prévues par la Loi font partie d’un cadre administratif assurant la protection du public et ne sont « généralement pas de celles qui emportent l’application de l’art. 11 » (*Guindon*, au paragraphe 53, citant *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, 1987 CanLII 41).

[207] Le Hansard donne également à penser que le régime de SAP de la Loi a un but administratif :

L’un des meilleurs moyens de combattre les pourriels est une loi efficace. Le projet de loi C-27 met en place des dispositions importantes qui visent à protéger les consommateurs et les entreprises au Canada contre les formes les plus graves et trompeuses de préjudice électronique. Il prévoit un régime de réglementation pour favoriser la conformité et protéger la vie privée et la sécurité personnelle des Canadiens en ligne. Il propose un ensemble clair de règles qui seront à l’avantage de tous les Canadiens. Il favorisera la confiance dans les communications en ligne et le commerce électronique.

This bill combats spam and related online threats in two ways. It provides regulatory powers to administer monetary penalties and it gives individuals and businesses the right to sue spammers. Bill C-27 makes use of the federal trade and commerce power rather than the law enforcement authorities in the Criminal Code. A civil administrative regime such as that in the ECPA [i.e. the Electronic Commerce Protection Act] is consistent with the approach taken internationally.

(*House of Commons Debates*, 40th Parl., 2nd Sess., No. 105 (2 November 2009) (Hon. Mike Lake), at pages 6459–6460; JAB, at pages 1135–1136.)

I find that the objectives of CASL's AMP proceedings, examined in their full legislative context, have a regulatory purpose.

(b) Objectives of the Sanction

[208] Where the sanction at issue is an AMP, the objectives of the sanction are relevant at both this stage of the inquiry and the second stage considering whether the AMP is a true penal consequence. To avoid repetition, this factor will be analysed at the second stage only (*Guindon*, at paragraph 52).

(c) The Process

[209] The focus here is the extent to which CASL's AMP proceedings bear the traditional hallmarks of a criminal proceeding. The Supreme Court described some of the relevant considerations as follows: "whether the process involved the laying of a charge, an arrest, a summons to appear before a court of criminal jurisdiction, and whether a finding of responsibility leads to a criminal record" (*Guindon*, at paragraph 63). The use of words typically associated with the criminal process is also an indicator of whether a provision refers to a criminal proceeding.

[210] AMP proceedings under CASL begin with the issuance of a NOV by a person designated by the CRTC under

Le projet de loi combat les pourriels et les autres formes de menaces en ligne de deux façons. Il donne les pouvoirs de réglementation nécessaires pour imposer des sanctions monétaires et donner aux particuliers et aux entreprises le droit de poursuivre les polluposteurs. Il a recours au pouvoir fédéral en matière de commerce plutôt qu'aux pouvoirs d'exécution du Code criminel. Un régime administratif civil comme celui de la Loi sur la protection du commerce électronique est conforme à ce qui se fait ailleurs dans le monde.

(*Débats de la Chambre des communes*, 40^e lég., 2^e sess., n^o 105 (2 novembre 2009) (hon. Mike Lake), aux pages 6459 et 6460; dossier d'appel conjoint, aux pages 1135 et 1136.)

Je conclus que l'objet des procédures menant aux SAP prévues par la Loi, considérée dans leur contexte législatif global, est de nature administrative.

b) L'objectif de la sanction

[208] Lorsque la sanction en cause est une SAP, l'objectif de la sanction est pertinent tant lors de cette étape de l'examen que lors de la seconde étape consistant à déterminer si la SAP constitue une véritable conséquence pénale. Par souci de concision, ce facteur sera analysé à la seconde étape seulement (*Guindon*, au paragraphe 52).

c) Le processus menant à la sanction

[209] L'élément central ici consiste à déterminer dans quelle mesure les procédures de SAP prévues par la Loi comportent les caractéristiques traditionnelles des procédures criminelles. La Cour suprême a décrit certaines des considérations pertinentes de la manière suivante : « celle de savoir si le processus comprend le dépôt d'une accusation, une arrestation ou une assignation à comparaître devant une cour de juridiction criminelle, et celle de savoir si une conclusion de responsabilité conduit à un casier judiciaire » (*Guindon*, au paragraphe 63). L'emploi de termes habituellement liés au processus criminel est également utile pour déterminer si une disposition renvoie à une procédure criminelle.

[210] Les procédures menant aux SAP prévues par la Loi commencent par la signification d'un procès-verbal de

section 14 to any person believed on reasonable grounds to have contravened sections 6–9 of the Act (CASL, section 22). The subject of an NOV may elect to pay the AMP set out therein, or, alternatively, make representations to the CRTC regarding the alleged violation or penalty amount (CASL, section 24). If the person chooses to make representations, the CRTC decides on a balance of probabilities whether the person in fact committed the violation. The CRTC may then maintain, reduce or waive the initial penalty (CASL, subsection 25(1)). Appeal from a decision by the CRTC lies with this Court (CASL, section 27). Ultimately, a person served with an NOV may be subject to an AMP pursuant to subsection 20(1) and a restraining order directing the cessation of contravening conduct pursuant to subsection 26(1).

[211] The process associated with CASL’s AMP regime does not bear any of the hallmarks of a criminal proceeding, nor do the relevant provisions of CASL use any of the words traditionally associated with the criminal process. Instead, as the CRTC observed at paragraph 203 of its Constitutional Decision, “words such as ‘balance of probabilities,’ ‘due diligence,’ ‘penalty,’ ‘undertaking,’ or ‘representations’” appear throughout the Act’s AMP-related provisions.

[212] I conclude that CASL’s AMP proceedings are not criminal in nature.

(2) *Does the Sanction Give Rise to a True Penal Consequence?*

[213] A true penal consequence “is imprisonment or a fine which, having regard to its magnitude and other relevant factors, is imposed to redress the wrong done to society at large rather than simply to secure compliance” (*Guindon*, at paragraph 75). Whether a monetary fine meets this threshold depends on whether it is, in purpose or effect, punitive. This assessment considers factors including the magnitude of the fine, whether the fine’s

violation à la personne dont la personne désignée par le CRTC en vertu de l’article 14 a des motifs raisonnables de croire qu’elle a contrevenu aux articles 6 à 9 de la Loi (LCAP, article 22). La personne à qui a été signifié le procès-verbal de violation peut choisir soit de payer la SAP qui y est inscrite, soit de présenter au CRTC des observations à l’égard de la violation présumée ou du montant de la sanction (LCAP, article 24). Si la personne choisit de présenter des observations, le CRTC détermine, selon la prépondérance des probabilités, si la personne a bel et bien commis la violation. Il peut ensuite maintenir la sanction prévue dans le procès-verbal, en réduire le montant ou y renoncer (LCAP, paragraphe 25(1)). Il peut être interjeté appel de cette décision devant notre Cour (LCAP, article 27). Au bout du compte, la personne à qui est signifié un procès-verbal de violation peut se faire imposer une SAP en vertu du paragraphe 20(1) ainsi qu’une ordonnance lui enjoignant de cesser la pratique interdite en vertu du paragraphe 26(1).

[211] Le processus lié au régime de SAP établi par la Loi ne comporte aucune des caractéristiques propres aux procédures en matière criminelle, pas plus que les dispositions pertinentes de la Loi n’utilisent de termes traditionnellement associés aux procédures en matière criminelle. Au contraire, comme l’a fait observer le CRTC au paragraphe 203 de sa décision sur la constitutionnalité, des « termes comme “prépondérance des probabilités”, “diligence raisonnable”, “sanction”, “engagement” ou “observations” » se voient partout dans les dispositions de la Loi portant sur les SAP.

[212] Je conclus que les procédures menant aux SAP prévues dans la Loi ne sont pas de nature criminelle.

2) *Est-ce qu’il découle de la sanction une véritable conséquence pénale?*

[213] La véritable conséquence pénale s’entend « de la peine d’emprisonnement ou de l’amende qui, compte tenu de son importance et d’autres considérations pertinentes, est infligée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que d’assurer l’observation de la loi » (*Guindon*, au paragraphe 75). L’amende pécuniaire satisfait à ce critère si elle a un but ou un effet punitif. Cet examen prend en compte plusieurs facteurs dont le

magnitude is determined by regulatory considerations or principles of criminal sentencing, whether stigma is associated with the penalty and to whom the penalty is paid (*Guindon*, at paragraph 76).

[214] CASL's AMP-related provisions strongly suggest that the objective of the Act's sanctions regime is to secure compliance with the Act's regulatory requirements. Sections 15, 17 and 19, setting out designated persons' investigatory powers, indicate that these powers may only be exercised to verify compliance with the Act, uncover contraventions of the Act or assist foreign investigations into conduct similar to that prohibited by the Act. Subsection 20(2) also explicitly states that the purpose of penalties administered under CASL "is to promote compliance with this Act and not to punish". Finally, section 30 makes clear that violations are not offences for the purposes of the *Criminal Code*. The purpose of CASL's AMP regime is therefore to promote compliance with the Act's regulatory scheme.

[215] The magnitude of fines levied under CASL may reach \$1 000 000 in the case of an individual and \$10 000 000 in the case of any other person, including corporations (CASL, subsection 20(4)). Though considerable, these amounts do not necessarily signal that the sanction's purpose is to denounce or punish morally or socially reprehensible conduct. The Supreme Court has acknowledged that "significant penalties" may be required to achieve the regulatory purpose of deterring non-compliance by ensuring AMPs do not become simply a cost of doing business. To require that penalties reflect regulatory objectives "is not to say that very large penalties cannot be imposed under administrative monetary penalty regimes" (*Guindon*, at paragraph 77).

[216] As the CRTC pointed out, the Supreme Court in *Guindon* cited a case in which the Ontario Superior Court found that a \$10 000 000 AMP under the *Competition*

montant de l'amende, la question de savoir si son importance tient à des considérations réglementaires plutôt qu'à des principes de détermination de la peine en matière criminelle, la question de savoir si la sanction stigmatise ou non et la personne à qui l'amende est payée (*Guindon*, au paragraphe 76).

[214] Les dispositions de la Loi portant sur les SAP donnent fortement à penser que l'objectif du régime de sanctions de la Loi est d'assurer l'observation des exigences réglementaires de la Loi. Les articles 15, 17 et 19, établissant les pouvoirs d'enquête de la personne désignée, précisent que ces pouvoirs ne peuvent être exercés que pour vérifier le respect de la Loi, découvrir si une contravention à la Loi a été commise ou faciliter une enquête sur une contravention à une loi étrangère visant des comportements essentiellement semblables à ceux interdits par la Loi. En outre, le paragraphe 20(2) dispose expressément que l'imposition de sanctions en vertu de la Loi « vise non pas à punir, mais plutôt à favoriser le respect de la présente loi ». Enfin, l'article 30 dispose en toutes lettres que les violations ne sont pas des infractions pour l'application du *Code criminel*. Le but du régime de SAP établi par la Loi est donc d'assurer le respect des exigences réglementaires de la Loi.

[215] Les amendes imposées en vertu de la Loi peuvent s'élever au maximum à 1 000 000 \$ dans le cas d'une personne physique et à 10 000 000 \$ dans le cas de toute autre personne, dont les sociétés (LCAP, paragraphe 20(4)). Bien qu'importantes, ces sommes ne signifient pas nécessairement que la sanction a pour but de dénoncer ou de punir un comportement moralement ou socialement répréhensible. La Cour suprême a reconnu qu'une « pénalité d'un montant substantiel » peut être nécessaire pour la réalisation de l'objectif de nature administrative de décourager l'inobservation du régime en évitant que les SAP ne deviennent un simple coût d'exploitation. Exiger que les sanctions soient conformes à des objectifs de nature administrative « ne veut pas dire qu'une pénalité d'un montant très élevé ne puisse être infligée à titre de sanction pécuniaire administrative » (*Guindon*, au paragraphe 77).

[216] Comme le CRTC l'a souligné, la Cour suprême, dans l'arrêt *Guindon*, a renvoyé à une décision de la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans laquelle celle-ci

Act did not trigger section 11 of the Charter (*Guindon*, at paragraph 80). I am not prepared to hold that the possibility of similarly significant monetary penalties is not also necessary to deter non-compliance with CASL by large commercial entities that may anticipate considerable economic gain from indiscriminate email-marketing campaigns. I also reiterate the CRTC's observation at paragraph 214 of its Constitutional Decision that \$1 000 000 and \$10 000 000 are maximum amounts—upper limits that provide flexibility to ensure the regulatory objectives of promoting compliance and deterring non-compliance can be achieved when individuals or corporations with considerable resources commit particularly egregious violations.

[217] There is also little overlap between the considerations for determining the magnitude of an AMP, enumerated in subsection 20(3), and the principles of criminal sentencing found at section 718 of the *Criminal Code*. The absence of a “purely economic” or “mathematical” basis for determining penalties, which the appellant points to, does not compel the conclusion that criminal sentencing objectives rather than regulatory objectives determine the quantum of penalties under CASL.

[218] The appellant has not argued that stigma attaches to an AMP administered under CASL and I do not find that it does. Such penalties are imposed for violating economic regulations rather than for conduct that, by its very nature, warrants moral opprobrium. Accordingly, little, if any, stigma is associated with CASL's sanctions, especially relative to criminal convictions.

[219] Finally, AMPs levied under CASL are payable to the Receiver General and so ultimately end up in the Consolidated Revenue Fund (CASL, subsection 29(1)).

avait conclu qu'une SAP de 10 000 000 \$ imposée en vertu de la *Loi sur la concurrence* ne faisait pas jouer l'article 11 de la Charte (*Guindon*, au paragraphe 80). Je ne suis pas prêt à conclure qu'une sanction pécuniaire éventuelle de cette importance n'est pas également nécessaire pour décourager l'inobservation de la Loi par une grande organisation commerciale qui s'attendrait à faire des profits considérables par des campagnes de marketing consistant en l'envoi massif de courriels à tout vent. Aussi, je réitérerais l'observation du CRTC au paragraphe 214 de sa décision sur la constitutionnalité selon laquelle les montants de 1 000 000 \$ et de 10 000 000 \$ sont les amendes maximales : les sanctions maximales, qui offrent une certaine souplesse dans la réalisation des objectifs de nature administrative consistant à veiller au respect de la Loi et à en décourager l'inobservation, peuvent être infligées dans les cas où des personnes physiques ou morales disposant de ressources considérables commettent des violations particulièrement répréhensibles.

[217] Également, il y a peu de recoupements entre les éléments servant à déterminer l'importance de la SAP, énumérés au paragraphe 20(3), et les principes de détermination de la peine en matière criminelle figurant à l'article 718 du *Code criminel*. L'absence de fondement [TRADUCTION] « purement économique » ou [TRADUCTION] « mathématique » pour le calcul de la peine, qu'invoque l'appelante, ne mène pas à la conclusion que le montant des sanctions infligées en vertu de la Loi est établi de manière à répondre à des objectifs de détermination de la peine en matière criminelle plutôt qu'à des objectifs de nature administrative.

[218] L'appelante n'a pas soutenu que les SAP infligées en vertu de la Loi entraînent une stigmatisation, et j'estime que ce n'est pas le cas. Ces sanctions sont infligées pour des violations de règles économiques et non pour une conduite qui, de par sa nature, suscite moralement l'opprobre. Par conséquent, à supposer qu'une stigmatisation découlât des sanctions infligées en vertu de la Loi, elle serait petite, surtout en comparaison avec une déclaration de culpabilité à des infractions criminelles.

[219] Enfin, les SAP infligées en vertu de la Loi sont payables au receveur général, donc sont versées au Trésor (LCAP, paragraphe 29(1)). Bien que cela puisse

While potentially indicative of a true penal consequence, this factor alone is not determinative, especially where the other relevant factors point in the opposite direction (*Guindon*, at paragraph 88).

[220] Based on the above, I conclude that CASL does not prescribe proceedings that allow for the imposition of true penal consequences generally.

D. Does the AMP Applied in This Case Violate Section 11 of the Charter?

[221] Turning to the \$1 100 000 fine set out in the NOV, the question of whether this sanction amounted to a true penal consequence is a question of mixed fact and law. The CRTC's findings on this question must therefore be reviewed on the highly deferential standard of palpable and overriding error, rather than correctness (*Housen*, at paragraph 36). This standard of review only admits of interference with a first-instance decision where that decision contains an error that is both obvious and goes to the very core of the case's outcome (*Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352, at paragraph 38).

[222] The CRTC's reasons for finding that the appellant's fine was not a true penal consequence are set out at paragraphs 120–124 of its Notice of Violation Decision. The CRTC reached its conclusions following its application of the appropriate legal principles to the circumstances leading to the issuance of an NOV to the appellant.

[223] The CRTC assessed the appellant's \$1 100 000 fine against the factors for determining the amount of a penalty enumerated in subsection 20(3) of the Act. The CRTC found the AMP applied in this instance was "out of proportion to what is required to achieve regulatory purposes and to promote compliance with the Act going forward." (Notice of Violation Decision, at paragraph 119). The CRTC properly acknowledged that where the quantum of a penalty is "out of proportion to the amount required to achieve regulatory purposes, this suggests that it is a true penal consequence" (Notice of Violation Decision, at

constituer un indice qu'il s'agit d'une véritable conséquence pénale, ce facteur seul n'est pas déterminant, surtout lorsque d'autres facteurs pertinents indiquent le contraire (*Guindon*, au paragraphe 88).

[220] Compte tenu de ce qui précède, je conclus que la Loi ne prévoit pas de procédures donnant généralement lieu à de véritables conséquences pénales.

D. La SAP infligée en l'espèce était-elle une violation de l'article 11 de la Charte?

[221] En ce qui concerne l'amende de 1 100 000 \$ prévue dans le procès-verbal de violation, la question de savoir si cette sanction constituait une véritable conséquence pénale est une question mixte de fait et de droit. Les conclusions du CRTC à cet égard doivent donc être examinées selon la norme demandant une grande retenue de l'erreur manifeste et dominante plutôt que celle de la décision correcte (*Housen*, au paragraphe 36). Cette norme de contrôle n'admet l'intervention dans la décision de première instance que lorsque celle-ci comporte une erreur qui à la fois est évidente et touche directement à l'issue de l'affaire (*Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352, au paragraphe 38).

[222] Le CRTC expose les motifs à l'appui de sa conclusion selon laquelle l'amende infligée à l'appelante ne constituait pas une véritable conséquence pénale aux paragraphes 120 à 124 de sa décision sur le procès-verbal de violation. Le CRTC en est venu à sa conclusion après avoir examiné, en appliquant les critères juridiques appropriés, les circonstances ayant mené à la signification à l'appelante du procès-verbal de violation.

[223] Le CRTC a examiné l'amende de 1 100 000 \$ infligée à l'appelante en fonction des facteurs servant à établir le montant de la sanction, énumérés au paragraphe 20(3) de la Loi. Le CRTC a conclu que la SAP infligée en l'espèce était « disproportionnée par rapport au montant requis pour atteindre les objectifs réglementaires et promouvoir la conformité à la Loi à l'avenir » (décision sur le procès-verbal de violation, au paragraphe 119). Le CRTC a à juste titre reconnu que, lorsque le montant de la sanction est « disproportionné par rapport au montant qui permettrait d'atteindre les objectifs réglementaires, il

paragraph 122). However, the CRTC went on to explain that a fine's magnitude is just one of several factors in determining whether a monetary sanction is, in purpose or effect, punitive and therefore constitutes a true penal consequence. The other factors—to whom the penalty is paid, whether the quantum is determined by regulatory considerations or the principles of criminal sentencing and whether stigma attaches to the penalty—were considered by the CRTC in its assessment of CASL's AMP proceedings generally at paragraphs 211–223 of the Constitutional Decision.

[224] The CRTC ultimately decided, on balance, that the relevant factors do not suggest a true penal consequence in this case (Notice of Violation Decision, at paragraph 123). This is certainly not the only conclusion that could have been reached based on the CRTC's analysis. However, even if this Court could have reached a different conclusion, this would not justify interfering with the CRTC's decision on this point. As Stratas J.A., writing for this Court, stated at paragraph 70 of *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344, 281 A.C.W.S. (3d) 297:

.... If an appellate court had a free hand, it might weigh the evidence differently and come to a different result. It might be inclined to draw different inferences or see different factual implications from the evidence. But these things, without more, do not rise to the level of palpable and overriding error.

[225] The CRTC's determination that the appellant's fine did not constitute a true penal consequence, and its legal reasoning supporting that conclusion, do not evince the type of obvious error going to the core of a case required to justify judicial intervention on the palpable and overriding error standard.

y a lieu de penser qu'il s'agit d'une véritable conséquence pénale » (décision sur le procès-verbal de violation, au paragraphe 122). Cependant, le CRTC a ensuite expliqué que l'importance de l'amende n'était qu'un facteur parmi d'autres servant à déterminer si la sanction pécuniaire était, par son objet ou son effet, punitive et constituait de ce fait une véritable conséquence pénale. Les autres facteurs — la personne à qui est payée l'amende, la question de savoir si l'importance de la peine tient à des considérations administratives plutôt qu'à des principes de détermination de la peine en matière criminelle, la question de savoir si la sanction stigmatise ou non — ont été pris en compte par le CRTC dans son examen du régime général de SAP établi par la Loi, aux paragraphes 211 à 223 de sa décision sur la constitutionnalité.

[224] Le CRTC a décidé, au bout du compte, que les facteurs pertinents n'étaient pas la conclusion selon laquelle la sanction constituait une véritable conséquence pénale en l'espèce (décision sur le procès-verbal de violation, au paragraphe 123). Ce n'est certainement pas la seule conclusion qui aurait pu être tirée sur le fondement de l'analyse effectuée par le CRTC. Cependant, même si notre Cour aurait pu tirer une conclusion différente, cela ne justifie pas qu'elle intervienne dans la décision du CRTC à cet égard. Le juge Stratas, s'exprimant pour la Cour, a affirmé ce qui suit, au paragraphe 70 de l'arrêt *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344 :

[...] Si une cour d'appel avait carte blanche, elle pourrait pondérer différemment les éléments de preuve et parvenir à un résultat différent. Elle pourrait être portée à tirer des inférences différentes ou à voir des implications factuelles différentes dans les éléments de preuve. Mais ces choses, sans plus, n'équivalent pas à l'erreur manifeste et dominante.

[225] La conclusion du CRTC selon laquelle l'amende infligée à l'appelante ne constitue pas une véritable conséquence pénale, ainsi que son raisonnement juridique l'étayant, ne présente pas le type d'erreur évidente touchant directement à l'issue de l'affaire qui justifierait l'intervention de notre Cour selon la norme de l'erreur manifeste et dominante.

E. Does CASL Violate Section 7 of the Charter?

[226] The appellant briefly refers to CASL's violation of both section 7 and section 8 of the Charter (appellant's constitutional memorandum, at paragraphs 84(a), 87).

[227] The appellant's section 7 argument must fail because, as the preceding sections of these reasons make clear, the appellant does not face penal proceedings. The appellant, as a corporation, therefore has no standing to bring a claim under section 7 of the Charter.

[228] It is well established that "everyone", as that term appears in section 7, "exclude[s] corporations and other artificial entities incapable of enjoying life, liberty or security of the person, and include[s] only human beings" (*Irwin Toy*, at page 1004; see also *Dywidag Systems International, Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 705, at page 709, (1990), 68 D.L.R. (4th) 147 (*Dywidag Systems*)). A corporation cannot, as a general principle, avail itself of the protections provided by section 7.

[229] The exception to this rule is that a corporation charged with a penal provision may challenge that provision on the basis that it violates a human being's section 7 rights. This exception was first articulated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, (1985), 18 D.L.R. (4th) 321 and has been reaffirmed by the Supreme Court on several occasions (see, for example, *Irwin Toy*, at page 1004; *Dywidag Systems*, at page 709; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at page 179, (1991), 84 D.L.R. (4th) 161 (*Wholesale Travel*)). In light of my finding that the appellant corporation is not defending against a criminal charge, "[t]here are no penal proceedings pending in the case at hand, so the principle articulated in *Big M Drug Mart* is not involved" (*Irwin Toy*, at page 1004). The appellant thus remains constrained by the general principle that corporations may not avail themselves of the protections offered by section 7 of the Charter. The appellant's section 7 claim must therefore fail.

E. La Loi enfreint-elle l'article 7 de la Charte?

[226] L'appelante affirme brièvement que la Loi enfreint l'article 7 ainsi que l'article 8 de la Charte (mémoire de l'appelante sur les questions constitutionnelles, aux paragraphes 84(a) et 87).

[227] L'argument de l'appelante fondé sur l'article 7 ne peut être retenu parce que, comme il est clairement établi dans les sections précédentes des présents motifs, l'appelante ne fait pas l'objet d'une procédure pénale. Étant donné qu'elle est une société, l'appelante n'a pas qualité pour invoquer la protection de l'article 7 de la Charte.

[228] Il est bien établi que le terme « chacun », utilisé à l'article 7, « exclu[t] les sociétés et autres entités qui ne peuvent jouir de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne, et [...] ne compren[d] que les êtres humains » (*Irwin Toy*, à la page 1004; voir également *Dywidag Systems International, Canada Ltd. c. Zutphen Brothers Construction Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 705, à la page 709, 1990 CanLII 140 (*Dywidag Systems*)). En règle générale, les sociétés ne peuvent se prévaloir des protections conférées par l'article 7.

[229] L'exception à cette règle est que la société accusée au titre d'une disposition pénale peut contester cette disposition au motif qu'elle enfreint les droits d'un être humain garantis par l'article 7. Cette exception a été exposée pour la première fois dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 1985 CanLII 69, et a depuis été réitérée par la Cour suprême dans plusieurs arrêts (voir notamment *Irwin Toy*, à la page 1004; *Dywidag Systems*, à la page 709; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, à la page 179, 1991 CanLII 39 (*Wholesale Travel*)). Étant donné ma conclusion selon laquelle l'appelante ne se défend pas contre des accusations de nature criminelle, « [i]l n'y a aucune poursuite pénale en cours en l'espèce de sorte que le principe formulé dans l'arrêt *Big M Drug Mart* n'entre pas en jeu » (*Irwin Toy*, à la page 1004). L'appelante demeure donc assujettie au principe général voulant que les sociétés ne puissent se prévaloir des protections conférées par l'article 7 de la Charte. L'argument de l'appelante fondé sur l'article 7 ne peut donc être retenu.

F. Does CASL Violate Section 8 of the Charter?

[230] Section 8 of the Charter, unlike section 7, does find application in the present circumstances. However, in my view, no unreasonable seizure arises on the facts of this case. The appellant's section 8 claim pertains to the notice to produce issued to it pursuant to section 17 of CASL. The notice sought information regarding the appellant's practices for recording and tracking consent of individuals on the appellant's contact list of potential email recipients.

[231] The case law makes clear that the exercise of statutory powers of compelled production may constitute a seizure for the purposes of section 8 even where such powers are regulatory in nature (*R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at pages 640–642, (1990), 68 D.L.R. (4th) 568). However, Charter interpretation is contextual and a right or freedom may have a different meaning depending on the context in which it is asserted (*Wholesale Travel*, at pages 225–226). More specifically, “a Charter right may have different scope and implications in a regulatory context than in a truly criminal one” (*Wholesale Travel*, at page 226). In *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, (1990), 67 D.L.R. (4th) 161 (*Thomson Newspapers* 1990), which considered statutory orders to produce pursuant to section 17 of what was then the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, the parameters of a reasonable search and seizure were heavily influenced by the regulatory character of the legislation. I find the reasons of La Forest J. in that decision persuasive. He explained that, in modern society [at page 507], “regulation must necessarily involve the inspection of private premises or documents by agents of the state.” Consequently,

It follows that there can be only a relatively low expectation of privacy in respect of premises or documents that are used or produced in the course of activities which,

F. La Loi enfreint-elle l'article 8 de la Charte?

[230] L'article 8 de la Charte, contrairement à l'article 7, s'applique en l'espèce. Cependant, à mon avis, les faits de la présente affaire ne montrent pas qu'il y a eu saisie abusive. L'argument de l'appelante fondé sur l'article 8 concerne l'avis de communication qu'on lui a signifié en vertu de l'article 17 de la Loi. L'avis exigeait la communication de renseignements concernant les pratiques utilisées par l'appelante pour consigner le consentement des personnes à figurer sur sa liste d'envoi à titre de destinataire potentiel de courriels et pour assurer le suivi à cet égard.

[231] La jurisprudence établit clairement qu'une communication ordonnée dans l'exercice de pouvoirs conférés par la loi peut constituer une saisie au sens de l'article 8 même lorsque ces pouvoirs sont de nature administrative (*R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, aux pages 640 à 642, 1990 CanLII 137). Cependant, la Charte doit être interprétée de façon contextuelle, et un droit ou une liberté peut avoir un sens différent selon le contexte dans lequel il est revendiqué (*Wholesale Travel*, aux pages 225 et 226). Plus précisément, « un droit garanti par la Charte peut avoir dans un cadre réglementaire une portée et une incidence différentes de celles qu'[il] aurai[t] dans un contexte criminel à proprement dit » (*Wholesale Travel*, à la page 226). Dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, 1990 CanLII 135 (*Thomson Newspapers* 1990), qui portait sur les ordonnances de production rendues en vertu de l'article 17 de ce qui était alors la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, les paramètres de ce qui constitue une fouille, une perquisition ou une saisie non abusive ont été lourdement influencés par le caractère administratif du texte législatif. Je trouve les motifs du juge La Forest dans cet arrêt convaincants. Il explique que, dans une société moderne [à la page 507], « cette réglementation doit nécessairement comporter l'inspection de lieux ou de documents de nature privée par des fonctionnaires de l'État ». Par conséquent :

Il s'ensuit que les attentes des particuliers ne peuvent être très élevées quant au respect de leur droit à la vie privée dans le cas de lieux ou de documents utilisés ou produits

though lawful, are subject to state regulation as a matter of course. In a society in which the need for effective regulation of certain spheres of private activity is recognized and acted upon, state inspection of premises and documents is a routine and expected feature of participation in such activity.

(*Thompson Newspaper* 1990, at page 507.)

[232] Subsequent jurisprudence leaves no doubt that records and documents produced in the ordinary course of a business's regulated activities attract a diminished expectation of privacy (see, for example, *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757, at paragraph 72; *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154, (1995), 129 D.L.R. (4th) 129, at paragraph 50; *143471 Canada Inc. v. Quebec (Attorney General)*; *Tabah v. Quebec (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 339, at page 377, (1994), 48 A.C.W.S. (3d) 64). It is precisely this species of record or document that the appellant was ordered to produce.

[233] It is also important to note that section 17 of CASL only grants authority for compelling production of documents rather than physical searches of premises—the former being a far less intrusive power than the latter. In *Thomson Newspapers* 1990, as in this case, the relevant contextual factors were “the limited scope of the power to order the production of documents, together with the limited privacy interests that can be said to reside in the records and documents that can be lawfully demanded” (*Thomson Newspapers* 1990, at page 522). In that case, La Forest J. found that the safeguards required for a reasonable seizure were “less strenuous and more flexible” than the “stringent standards of reasonableness usually applicable in criminal investigations” (*Thomson Newspapers* 1990, at pages 506 and 520). More particularly, La Forest J. held that the appropriate constitutional limit on the regulatory order to produce was simply that “[t]he material sought must be relevant to the inquiry in progress” (*Thomson Newspapers* 1990, at page 530). Given the similarities between that case and the one now before us in these appeals, and that the appellant has provided not a modicum of argument on the proper scope of section 8 in the specific circumstances of this case, I find that the standard articulated by La Forest J. in *Thomson Newspapers* 1990 is also the appropriate standard

dans l'exercice d'activités qui, bien que légales, sont normalement réglementées par l'État. Dans une société où l'on reconnaît le besoin de réglementer efficacement certains domaines d'activités privées et où l'on y donne suite, l'inspection de lieux et de documents par l'État est un aspect routinier auquel les particuliers s'attendent en exerçant cette activité.

(*Thompson Newspapers* 1990, à la page 507.)

[232] La jurisprudence subséquente confirme sans le moindre doute que les registres et les documents produits dans le cours normal d'activités commerciales réglementées font l'objet d'une attente réduite quant au respect de la vie privée (voir par exemple *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757, au paragraphe 72; *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154, 1995 CanLII 44, au paragraphe 50; *143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*; *Tabah c. Québec (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 339, à la page 377, 1994 CanLII 89). C'est exactement ce type de registre ou dossier que l'appelante s'est fait ordonner de communiquer.

[233] Il est également important de souligner que l'article 17 de la Loi confère uniquement le pouvoir d'ordonner la communication de documents et non celui de perquisitionner des lieux — le premier pouvoir étant beaucoup moins intrusif que le second. Dans l'arrêt *Thomson Newspapers* 1990, comme en l'espèce, les facteurs contextuels pertinents étaient « la portée restreinte du pouvoir d'ordonner la production de documents, ainsi que le peu de renseignements de nature privée susceptibles de se trouver dans les dossiers et documents qui peuvent être légalement exigés » (*Thomson Newspapers* 1990, à la page 522). Le juge La Forest avait conclu que, dans cette affaire, la norme du caractère raisonnable des saisies était « moins sévère et plus souple » que les « normes sévères du caractère raisonnable habituellement applicables dans les enquêtes criminelles » (*Thomson Newspapers* 1990, aux pages 506 et 520). Plus précisément, le juge La Forest a conclu que la limite constitutionnelle appropriée pour les ordonnances administratives de communication était que « [l]es documents recherchés doivent se rapporter à l'enquête en cours » (*Thomson Newspapers* 1990, à la page 530). Étant donné les similitudes entre cette affaire et celle dont nous sommes saisis, et étant donné que l'appelante n'a pas dit un mot sur la portée qu'il convient de

for a reasonable seizure under section 17 of CASL. I find that the notice to produce issued to the appellant meets this modest standard and I therefore reject the appellant's section 8 claim.

IX. Notice of Violation Decision

A. Preliminary issue: Application of the Bankruptcy Act

[234] In view of the respondent's concession that the AMP imposed on the appellant in the NOV is unenforceable outside the insolvency process, this Court need not address the CRTC's allusions as to whether or not the AMP was compromised by the appellant's proposal under the Bankruptcy Act. The respondent is the party that would stand to benefit from the AMP's ongoing enforceability. It is also the entity that would go about enforcing it, if this were possible. The respondent has conceded this is not possible. It is not necessary for this Court to say more. Both parties agree that the appellant's Bankruptcy Act proceedings did not otherwise affect the CRTC's ability to conduct the review proceedings at issue. I agree (see Bankruptcy Act, subsection 69.6(2)).

B. Did the CRTC Err in Its Interpretation and Application of the Business-to-Business Exemption?

[235] The CRTC rejected the appellant's argument that a number of its emails were exempt from the consent and content requirements of section 6 of CASL by virtue of the "business-to-business" exemption set out in subparagraph 3(a)(ii) of the Governor in Council Regulations:

Excluded messages – Section 6 of Act

3 Section 6 of the Act does not apply to a commercial electronic message

donner à l'article 8 dans les circonstances propres à la présente affaire, je conclus que la norme énoncée par le juge La Forest dans l'arrêt *Thomson Newspapers* 1990 est également la norme à appliquer pour juger du caractère raisonnable de la saisie effectuée en vertu de l'article 17 de la Loi. Je conclus que l'avis de communication signifié à l'appelante satisfait à cette norme peu élevée et, par conséquent, je ne retiens pas l'argument fondé sur l'article 8 de l'appelante.

IX. Décision sur le procès-verbal de violation

A. Question préliminaire : application de la Loi sur la faillite

[234] Étant donné que l'intimé a reconnu que la SAP imposée à l'appelante dans le procès-verbal de violation ne pouvait être exécutée en dehors de la procédure d'insolvabilité, notre Cour n'a pas à se prononcer sur les allusions du CRTC concernant la question de savoir si la SAP était compromise par la proposition faite par l'appelante sous le régime de la Loi sur la faillite. L'intimé est la partie qui tirerait un bénéfice s'il était donné suite à l'exécution de la SAP. Il est également la partie qui serait chargée de veiller à l'exécution de la SAP, à supposer que cela soit possible. L'intimé a concédé que ce n'était pas possible. Notre Cour n'a pas à en dire plus. Les deux parties conviennent que les procédures entamées sous le régime de la Loi sur la faillite n'ont par ailleurs aucun effet sur la capacité du CRTC de mener à bien sa procédure de révision. Je partage cet avis (voir Loi sur la faillite, paragraphe 69.6(2)).

B. Le CRTC a-t-il commis une erreur dans son interprétation et son application de l'exception pour les communications interentreprises?

[235] Le CRTC n'a pas souscrit à l'observation de l'appelante selon laquelle elle n'était pas tenue d'obtenir de consentement pour plusieurs de ses courriels ni d'y inclure le contenu exigé à l'article 6 de la Loi en raison de l'exception pour les communications interentreprises prévue au sous-alinéa 3a)(ii) du Règlement :

Article 6 de la Loi – messages exemptés

3 L'article 6 de la Loi ne s'applique pas au message électronique commercial :

(a) that is sent by an employee, representative, consultant or franchisee of an Organization

...

(ii) to an employee, representative, consultant or franchisee of another organization if the organizations have a relationship and the message concerns the activities of the organization to which the message is sent.

This exemption applies where three conditions are met: (i) a CEM is sent by an employee of one organization to an employee of another organization; (ii) those organizations have a relationship; and (iii) the CEM concerns the activities of the receiving organization. The CRTC determined the appellant's emails met neither the second nor third requirements for the exemption.

(1) *The Relationship Requirement*

[236] The appellant argues the CRTC erred in refusing to recognize that it had a relationship with each recipient organization because each organization had previously purchased the appellant's courses, thereby creating a contractual relationship. The appellant points out that this type of contractual relationship would be sufficient to establish an "existing business relationship" for the purposes of implying an individual's consent pursuant to paragraph 10(9)(a) of CASL. The appellant says that since "existing business relationship" in paragraph 10(9)(a) is defined in the legislation, while "relationship" in the context of the business-to-business exemption is not defined, the latter must be given a "significantly broader" meaning than the former (appellant's notice of violation memorandum, at paragraph 64). Consequently, because an "existing business relationship" between the appellant and an individual would arise from that individual having purchased a course from the appellant, then, *a fortiori*, a "relationship" between the appellant and an organization must result from that organization having purchased a course from the appellant.

[237] In my view, the CRTC committed no palpable and overriding error in its application of the business-to-business exemption to the facts before it. Whether or not

a) envoyé par l'employé, le représentant, le consultant ou le franchisé d'une organisation, selon le cas :

[...]

(ii) à l'employé, au représentant, au consultant ou au franchisé d'une autre organisation si leurs organisations respectives entretiennent des rapports et que le message concerne les activités de l'organisation à qui le message est envoyé;

Cette exception s'applique lorsqu'il est satisfait à trois exigences : (i) le MEC est envoyé par un employé d'une organisation à un employé d'une autre organisation; (ii) ces organisations entretiennent des rapports; (iii) le MEC concerne les activités de l'organisation destinataire. Le CRTC a conclu que les courriels de l'appelante ne satisfaisaient ni à la deuxième ni à la troisième exigence de cette exception.

1) *L'exigence du rapport*

[236] L'appelante soutient que le CRTC a commis une erreur en refusant de reconnaître qu'elle entretenait des rapports avec chacune des organisations destinataires étant donné que chacune des organisations avait déjà acheté des cours de perfectionnement professionnel de l'appelante, ce qui créait une relation contractuelle. L'appelante souligne que ce type de relation contractuelle suffirait à prouver l'existence de « relations d'affaires en cours » desquelles on pourrait déduire qu'il y a consentement tacite au titre de l'alinéa 10(9)a de la Loi. L'appelante affirme que, puisque le terme « relations d'affaires en cours » figurant à l'alinéa 10(9)a est défini dans la Loi, alors que le terme « rapports » dans le contexte de l'exception pour les communications interentreprises ne l'est pas, il faut donner au second terme un [TRADUCTION] « sens beaucoup plus large » qu'au premier (mémoire de l'appelante sur le procès-verbal de violation, au paragraphe 64). Par conséquent, puisque l'achat par une personne d'un cours auprès de l'appelante fait naître une « relation d'affaires en cours » entre l'appelante et cette personne, alors, à plus forte raison, le fait qu'une organisation ait acheté un cours auprès de l'appelante fait naître un « rapport » entre elles.

[237] À mon avis, le CRTC n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante dans son application aux faits en l'espèce de l'exception pour les communications

a “contractual relationship” arises between the appellant and an organization that has paid for a course on behalf of one of its employees is not determinative of whether this creates a relationship for the purposes of CASL’s business-to-business exemption. Nor did the CRTC suggest that a contractual relationship could never constitute a relationship for the purposes of the exemption. The CRTC simply found that the specific contractual relationships disclosed by the appellant’s evidence do not constitute relationships for the purposes of the exemption. The CRTC observed that, for each organization, the appellant submitted proofs of payment from the organization to the appellant for a single training session for one or two of the organization’s employees. I see nothing clearly wrong with the CRTC’s determination that contractual relationships comprehending a very limited number of transactions affecting very few employees do not constitute relationships for the purposes of the business-to-business exemption.

[238] I also do not agree that merely because “existing business relationship” is a defined term and “relationship” is not, the latter must have a broader scope, or, in other words, must be easier to make out, than the former. In assessing the threshold for establishing each type of relationship, consideration must be given to the relative effects, in the context of CASL’s objectives, attendant upon a finding that each type of relationship exists. Finding an existing business relationship in the present case would permit the appellant to send CEMs to a person—an individual—who had paid the appellant for a course within the preceding two years. Finding a relationship for the purposes of the business-to-business exemption, on the other hand, would allow the appellant to send CEMs to not only the individual who took the course, or the individual who paid for the course, but to every other employee of the organization to which those individuals belong—and organizations can be very large indeed. The latter finding would expose a great many more people to the potentially harmful conduct that it is CASL’s raison d’être to regulate. This suggests, contrary to the appellant’s argument, that the evidentiary requirements for establishing a relationship for the purposes of the business-to-business exemption should in fact be more demanding than for an existing business relationship.

interentreprises. Que l’achat par une organisation d’un cours pour un de ses employés auprès de l’appelante crée ou non une « relation contractuelle » ne tranche pas la question de savoir si cet achat crée un rapport pour l’application de l’exception pour les communications interentreprises prévue par la Loi. Le CRTC n’a pas non plus affirmé qu’une relation contractuelle ne pourrait jamais constituer un rapport pour l’application de cette exception. Il a simplement conclu que les relations contractuelles bien précises dont a fait état l’appelante ne démontreraient pas qu’il y avait rapport pour l’application de cette exception. Il a fait observer que, pour chaque organisation, l’appelante a produit une preuve de paiement montrant que l’organisation avait acheté une seule séance de formation pour un ou deux de ses employés. Je ne vois rien de manifestement erroné dans la conclusion du CRTC selon laquelle les relations contractuelles comptant un très petit nombre de transactions touchant un très petit nombre d’employés ne constituent pas un rapport pour l’application de l’exception pour les communications interentreprises.

[238] Je ne souscris pas non plus à l’argument selon lequel, parce que le terme « relations d’affaires en cours » est défini alors que le terme « rapports » ne l’est pas, ce dernier doit nécessairement avoir une portée plus large ou, en d’autres mots, doit être plus facile à prouver. Lorsqu’on évalue le seuil servant à déterminer l’existence de relations d’un type ou l’autre, il faut prendre en considération les effets relatifs, dans le contexte des objectifs de la Loi, qu’entraînerait une conclusion confirmant l’existence de l’un ou l’autre type de relation. Conclure à l’existence de relations d’affaires en l’espèce permettrait à l’appelante d’envoyer des MEC aux personnes — des personnes physiques — ayant acheté auprès de l’appelante un cours dans les deux années précédentes. Par contre, conclure à l’existence de rapports pour l’application de l’exception pour les communications interentreprises permettrait à l’appelante d’envoyer des MEC non seulement aux personnes physiques ayant suivi le cours ou aux personnes physiques ayant payé le cours, mais à tous les autres employés de l’organisation à laquelle appartiennent ces personnes — et cette organisation peut être très vaste. Cette dernière conclusion exposerait un nombre beaucoup plus grand de personnes à une pratique potentiellement préjudiciable que la Loi a pour raison d’être de régir. Cela montre, contrairement à ce que soutient l’appelante, que la preuve à faire

[239] The appellant also argues that the CRTC confused the legal test for demonstrating a relationship for the purposes of the business-to-business exemption with the test for showing an existing business relationship pursuant to paragraph 10(9)(a) of CASL. A careful reading of paragraphs 43 to 46 of the CRTC's Notice of Violation Decision shows the CRTC did no such thing. The CRTC merely remarked that, although the appellant's evidence is insufficient to demonstrate the first type of relationship, it could possibly support the existence of the second type of relationship as between the appellant and the specific employee who took the appellant's course. While it may have been preferable had the CRTC refrained from such speculation, it is clear that the CRTC did not conflate the two concepts.

[240] The appellant also argues that the CRTC inappropriately read into the business-to-business exemption a requirement that relationships can be established only through employees with authority to bind their organizations. I do not perceive the CRTC as having done so. After determining that the appellant failed to demonstrate relationships with organizations based on the appellant's scant evidence of past transactions, the CRTC mentioned other types of information the appellant might have submitted to support its claims. Such information might have included evidence of authority, on the part of either the purchasing employees or the employees who took the appellant's courses, to create a relationship on behalf of the organization. The CRTC did not indicate evidence of such authority was required *per se*, only that it might have helped the appellant reach the evidentiary threshold for establishing relationships, which the appellant's evidence of past transactions failed to meet on its own.

pour démontrer l'existence de rapports pour l'application de l'exception pour les communications interentreprises devrait en fait être plus rigoureuse que la preuve à faire pour démontrer l'existence de relations d'affaires.

[239] L'appelante soutient aussi que le CRTC a confondu le critère juridique servant à démontrer l'existence de rapports pour l'application de l'exception pour les communications interentreprises avec le critère servant à démontrer l'existence de relations d'affaires pour l'application de l'alinéa 10(9)a) de la Loi. Une lecture attentive des paragraphes 43 à 46 de la décision sur le procès-verbal de violation révèle que le CRTC n'a rien fait de tel. Il a simplement fait observer que, bien que la preuve du demandeur ait été insuffisante pour démontrer l'existence de rapports, elle aurait peut-être pu établir l'existence de relations d'affaires entre l'appelante et les employés, et seulement ces employés, ayant suivi les cours de l'appelante. Même s'il aurait été préférable que le CRTC s'abstienne d'émettre de telles conjectures, il est clair que le CRTC n'a pas confondu les deux notions.

[240] L'appelante soutient aussi que le CRTC a mal interprété l'exception pour les communications interentreprises en estimant que l'existence de rapports ne pouvait être établie qu'entre employés ayant le pouvoir de lier leurs organisations. Je ne crois pas que le CRTC ait tiré cette conclusion. Après avoir conclu que l'appelante n'avait pas démontré l'existence de rapports entre les organisations avec ses quelques éléments de preuve quant à des transactions antérieures, le CRTC a mentionné d'autres types de renseignements que l'appelante aurait pu produire à l'appui de ses observations. Notamment, l'appelante aurait pu apporter des éléments de preuve montrant que les employés ayant acheté les cours ou les employés ayant suivi les cours de l'appelante avaient le pouvoir de créer des relations au nom de leur organisation. Le CRTC n'a pas affirmé que des éléments de preuve montrant l'existence d'un tel pouvoir étaient réellement nécessaires, seulement qu'ils auraient pu aider l'appelante à satisfaire à la norme de preuve applicable afin de démontrer l'existence de rapports entre organisations, ce que les éléments de preuve de l'appelante concernant les transactions antérieures, à eux seuls, ne pouvaient faire.

(2) *The Relevance Requirement*

[241] The appellant argues that its CEMs concerned the activities of receiving organizations because they promoted employee-training services and the recipient organizations are legally required to invest in employee training as per Québec's *Act to promote workforce skills development and recognition*, CQLR c. D-8.3 and the *Regulation respecting the determination of total payroll*, CQLR, c. D-8.3, r. 4, section 1. The respondent, on the other hand, argues that the "activities" of an organization for the purposes of the relevance requirement do not include all the activities an organization carries out to comply with its many legal obligations. If this were the case, the respondent says, an accounting firm could send CEMs promoting its services to any corporation simply because corporations are legally required to file annual tax returns (respondent's notice of violation memorandum, at paragraph 52).

[242] The appellant's argument raises the issue of what constitutes an "activity" of an organization for the purposes of the relevance requirement. The respondent seems to suggest a recipient organization's "activities" with which a CEM must be concerned should not extend beyond the organization's core business operations. I do not agree that the word "activities" in the text of the exemption should be interpreted so narrowly. The dictionary definition of "activity" supports a much broader meaning. The *Oxford English Dictionary* defines "activity" as, *inter alia*, any "project, task, or exercise". Furthermore, the restrictive interpretation proposed by the respondent runs counter to the exemption's purpose of ensuring "regular business communications are not unnecessarily regulated" by CASL (RIAS, in JAB, at page 13648).

[243] Organizations engage in many activities that are not directly related to their core business operations and maintain relationships with other organizations to facilitate those supplementary activities. A communication pursuant to such a relationship is in no meaningful sense less of a "regular business communication" than if the

2) *L'exigence de la pertinence*

[241] L'appelante soutient que ses MEC concernaient les activités des organisations destinataires parce qu'ils font la promotion de services de perfectionnement professionnel et que les organisations destinataires sont légalement tenues de fournir de la formation à leurs employés, conformément aux exigences québécoises de la *Loi favorisant le développement et la reconnaissance des compétences de la main-d'œuvre*, RLRQ, ch. D-8.3, et du *Règlement sur la détermination de la masse salariale*, RLRQ, ch. D-8.3, r. 4, article 1. L'intimé, à l'inverse, soutient que les « activités » d'une organisation pour l'application de l'exigence de la pertinence ne comprennent pas toutes les activités qu'exerce l'organisation pour s'acquitter de ses nombreuses obligations légales. Il affirme que, si c'était le cas, un cabinet comptable pourrait envoyer des MEC faisant la promotion de ses services à n'importe quelle société sous prétexte que les sociétés sont légalement tenues de produire des déclarations de revenus annuelles (mémoire de l'intimé sur le procès-verbal de violation, au paragraphe 52).

[242] L'observation de l'appelante soulève la question de ce en quoi consiste une « activité » d'une organisation pour l'application de l'exigence de la pertinence. L'intimé semble affirmer que les « activités » de l'organisation destinataire faisant l'objet du MEC doivent se limiter à l'entreprise fondamentale. Je ne souscris pas à l'idée que le terme « activités » dans le libellé de l'exception doive s'interpréter aussi étroitement. Le dictionnaire définit « activité » de façon beaucoup plus large. Le dictionnaire Larousse donne au mot « activité », entre autres, le sens d'« action de quelqu'un, d'une entreprise, d'un pays dans un domaine défini ». En outre, l'interprétation restrictive proposée par l'intimé est contraire au but de l'exemption, qui est d'[TRADUCTION] « éviter que les communications d'affaires soi[ent] inutilement visées par la Loi » (REIR, dans le dossier d'appel conjoint, à la page 13648).

[243] Les organisations exercent de nombreuses activités qui ne sont pas directement liées à leur entreprise fondamentale et entretiennent des rapports avec d'autres organisations afin de faciliter l'exercice de ces activités supplémentaires. Une communication faite au titre d'un de ces rapports ne constitue pas moins une « communication

communication bore more directly on an organization's core business operations. I find nothing in the text, context or purpose of the exemption that justifies reading-in qualifiers to circumscribe the vast universe of an organization's potential business activities into a shortlist of "activities" to which CEMs from partner organizations must relate in order for the business-to-business exemption to apply.

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

[245] Turning to the present case, I note that the CEMs sent by the appellant promoted employee-training courses in areas such as team management, administrative skills, budget planning and increasing productivity. These CEMs would satisfy the relevance requirement if the appellant were able to show that the recipient organizations purchased similar courses in the past or planned to do so in future. The required connection between a good or service promoted in a CEM and the activities of the recipient organization will often be established simply by virtue of the relationship between the CEM-sending and receiving organizations, which will typically be based on the provision of that same good or service by the former to the latter. However, the appellant failed to demonstrate relationships with the recipient organizations. Ultimately, this renders academic the question of whether the Quebec act relied on by the appellant is itself sufficient to establish that each organization's activities includes purchasing employee training courses of the sort promoted in the appellant's CEMs. However, I will note that the act applies only to organizations that are both based in Quebec and have a payroll expenditure above a minimum threshold set out in the regulations. Not all recipients of the appellant's CEMs reside in Quebec, nor, for the ones that do,

d'affaires » qu'une communication touchant plus directement à l'entreprise fondamentale de l'organisation. Je ne vois rien dans le texte, le contexte ou l'objet de l'exception qui justifierait qu'on l'interprète en y ajoutant des qualificatifs qui ramèneraient la très vaste gamme de ce qui peut constituer une activité d'affaires exercée par une organisation à une courte liste d'« activités » que les MEC d'organisations partenaires doivent concerner pour que s'applique l'exemption pour les communications interentreprises.

[244] Par conséquent, je suis d'avis que, lorsqu'une organisation achète des cours de perfectionnement professionnel — qu'elle soit légalement tenue de le faire ou non —, les activités de cette organisation peuvent comprendre l'achat de cours de perfectionnement professionnel. Une seconde organisation qui offre de tels cours et qui entretient avec la première organisation des rapports fondés sur le fait qu'elle lui offre ces cours pourrait donc envoyer des MEC à cette première organisation au titre de l'exception pour les communications interentreprises.

[245] En ce qui concerne les faits en l'espèce, je constate que les MEC envoyés par l'appelante faisaient la promotion de cours de perfectionnement professionnel dans des domaines comme la gestion d'équipe, les compétences administratives, la planification budgétaire et l'accroissement de la productivité. Ces MEC satisferaient à l'exigence de la pertinence si l'appelante était en mesure de prouver que les organisations destinataires avaient acheté des cours de ce genre par le passé ou prévoyaient de le faire à l'avenir. Le lien nécessaire entre le bien ou le service dont le MEC fait la promotion et les activités de l'organisation destinataire sera la plupart du temps établi du simple fait des rapports qu'entretiennent les organisations expéditrices et destinataires, lesquels seront typiquement fondés sur la fourniture par la première de ce même bien ou service à la seconde. Au bout du compte, cela rend théorique la question de savoir si la loi québécoise invoquée par l'appelante suffit en soi à établir que les activités de chaque organisation comprennent l'achat de cours de perfectionnement professionnel du type dont l'appelante fait la promotion dans ses MEC. Cependant, je ferai observer que la loi ne s'applique qu'aux organisations qui sont à la fois situées au Québec et dont la masse salariale est supérieure au seuil énoncé dans le règlement. Ce ne

does the appellant provide any evidence that their payroll expenditures meet the threshold triggering the act's application. Furthermore, the appellant does not demonstrate that the act requires subject organizations to invest exclusively in the type of training courses offered by the appellant. If organizations can and do choose to invest in employee-training courses substantially different from those offered by the appellant, then it is not clear that the appellant's CEMs would concern the activities of those organizations.

C. Did the CRTC Err in Its Interpretation and Application of CASL's Implied Consent Requirements regarding Conspicuous Publication?

[246] The CRTC also rejected the appellant's claims that a number of the CEMs in question were exempt from the consent and content requirements of section 6 of CASL because recipients' consent could be implied pursuant to paragraph 10(9)(b) of CASL. That provision reads as follows:

10 ...

Implied consent — section 6

(9) Consent is implied for the purpose of section 6 only if

...

(b) the person to whom the message is sent has conspicuously published, or has caused to be conspicuously published, the electronic address to which the message is sent, the publication is not accompanied by a statement that the person does not wish to receive unsolicited commercial electronic messages at the electronic address and the message is relevant to the person's business, role, functions or duties in a business or official capacity.

Paragraph 10(9)(b) thus permits the sending of CEMs where the following three conditions are met:

sont pas tous les destinataires des MEC de l'appelante qui résident au Québec et, pour ceux dont c'est le cas, l'appelante n'a fourni aucun élément de preuve montrant que leur masse salariale était supérieure au seuil entraînant l'application de la loi. En outre, l'appelante ne démontre pas que la loi exige des organisations visées qu'elles investissent exclusivement dans le type de cours qu'elle offre. Si les organisations peuvent choisir et choisissent dans les faits d'investir dans des cours de perfectionnement professionnel qui sont substantiellement différents de ceux offerts par l'appelante, il ne serait pas manifeste que les MEC de l'appelante concerneraient les activités de ces organisations.

C. Le CRTC a-t-il commis une erreur dans son interprétation et son application des exigences de la Loi relatives au consentement tacite lorsqu'il y a publication bien en vue?

[246] Le CRTC a également rejeté l'observation de l'appelante selon laquelle elle n'était pas tenue d'obtenir de consentement pour plusieurs de ses MEC ni d'y inclure le contenu exigé à l'article 6 de la Loi parce que le consentement du destinataire avait été donné tacitement au titre de l'alinéa 10(9)b) de la Loi. Cette disposition est rédigée ainsi :

10 [...]

Consentement tacite : article 6

(9) Pour l'application de l'article 6, il n'y a consentement tacite que dans l'un ou l'autre des cas suivants :

[...]

b) la personne à qui le message est envoyé a publié bien en vue, ou a ainsi fait publier, l'adresse électronique à laquelle il a été envoyé, la publication ne comporte aucune mention précisant qu'elle ne veut recevoir aucun message électronique commercial non sollicité à cette adresse et le message a un lien soit avec l'exercice des attributions de la personne, soit avec son entreprise commerciale ou les fonctions qu'elle exerce au sein d'une telle entreprise.

L'alinéa 10(9)b) autorise donc l'envoi de MEC lorsqu'il est satisfait aux trois exigences suivantes :

- | | |
|--|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. The recipient has conspicuously published or caused to be conspicuously published their electronic address; 2. The publication is not accompanied by a statement that the recipient does not wish to receive CEMs; and 3. The CEM is relevant to the business, role, functions or duties of the recipient individual or organization. | <ol style="list-style-type: none"> 1. Le destinataire a publié bien en vue ou fait publier bien en vue son adresse électronique; 2. La publication ne comporte aucune mention précisant que le destinataire ne veut recevoir aucun MEC; 3. Le MEC a un lien soit avec l'exercice des attributions du destinataire, soit avec son entreprise commerciale ou les fonctions qu'il exerce au sein d'une telle entreprise. |
|--|--|

[247] The appellant submitted a table setting out the email address of each recipient for which it claims consent can be implied under this provision. This table also contains additional information that the appellant says shows the provision's conspicuous publication and relevance requirements (the first and third conditions set out above) have been met in each case.

[247] L'appelante a produit un tableau énumérant les adresses de courriel de chacun des destinataires dont elle prétend avoir obtenu le consentement tacite au titre de cette disposition. Ce tableau comporte aussi des renseignements supplémentaires qui, selon l'appelante, montrent que les exigences de la publication bien en vue et de la pertinence (la première et la troisième des exigences énumérées ci-dessus) étaient respectées dans chaque cas.

[248] The appellant argues its table shows that the conspicuous publication requirement—the first condition set out above—has been met in each case because the table provides, beside each email address, a link to the site where the address can be found. However, the CRTC determined that some email addresses in the table were taken from third-party directory websites that did not indicate whether the site's content was user-submitted. In other words, for these email addresses, the appellant failed to show that recipients themselves had “conspicuously published or caused to be conspicuously published” their email addresses. The CRTC found that other email addresses had been gathered from sites containing disclaimers to the effect that unsolicited CEMs are not to be sent to the addresses found therein. In these cases, the CRTC determined the second of the three conditions listed above for implying consent under paragraph 10(9)(b) of CASL was not met.

[248] L'appelante soutient que son tableau montre qu'il a été satisfait à l'exigence de la publication bien en vue — la première des exigences énumérées ci-dessus — dans chaque cas parce que le tableau comporte, à côté de chaque adresse de courriel, un lien vers le site Web où l'on peut trouver cette adresse. Cependant, le CRTC a conclu que certaines des adresses de courriel avaient été obtenues d'un répertoire en ligne d'un tiers qui ne précisait pas si le contenu avait été fourni par les utilisateurs. Autrement dit, pour ces adresses de courriel, l'appelante n'a pas démontré que les destinataires avaient eux-mêmes « publié bien en vue, ou ainsi fait publier » leurs adresses de courriel. Le CRTC a conclu que d'autres adresses de courriel avaient été tirées de sites comportant des mentions selon lesquelles il ne fallait pas envoyer de MEC non sollicités aux adresses y figurant. Dans ces cas, le CRTC a conclu qu'il n'avait pas été satisfait à la deuxième des trois exigences prévues à l'alinéa 10(9)b) de la Loi.

[249] The appellant's submissions on appeal do not demonstrate that the CRTC committed any palpable and overriding error in making these findings. Indeed, the appellant makes no reply whatsoever to the CRTC's findings in this regard. I note the appellant complains that the

[249] Les observations de l'appelante en appel ne démontrent pas que le CRTC a commis une erreur manifeste et dominante en tirant ces conclusions. En fait, l'appelante ne répond en aucune façon aux conclusions du CRTC à cet égard. Je remarque que l'appelante se plaint du fait que

phrase “conspicuous publication” is not defined in the legislation and that “at no time did the CRTC clarify the provision or provide any guidance” (appellant’s notice of violation memorandum, at paragraphs 78–79). However, the CRTC’s determinations rely on the explicit wording of paragraph 10(9)(b) of CASL. I fail to see how the text of that provision does not support the CRTC’s findings or how the text could reasonably fail to alert the appellant that the provision would not countenance the mining of email addresses from third-party directory websites or sites containing notices against unsolicited emails. I find no fault with the CRTC’s findings.

[250] With respect to the relevance requirement in paragraph 10(9)(b)—the third condition listed above—the appellant claims this requirement is met by the inclusion in its table of recipients’ job titles, where this information was known to the appellant. The appellant’s argument on this point is that, by providing a recipient’s job title, the appellant also identified “the role of the recipient in the relevant organization, which served as a means of demonstrating that the CEM related to the recipient’s activities in that organization” (appellant’s notice of violation memorandum, at paragraph 77).

[251] On this point, again, the appellant makes on appeal the very same argument it made before the CRTC: rather than pointing to any error in the CRTC’s reasoning, the appellant has simply repeated its argument before this Court.

[252] The CRTC found that the appellant merely speculated, from recipients’ job titles, what their functions might be, and then assumed that CEMs sent to them were relevant to those functions (Notice of Violation Decision, at paragraph 70). The CRTC refers to a recipient whose job title is listed in the table as “professor”, but the site to which the appellant provides a link gives no indication of the professor’s responsibilities. The CRTC also refers to recipient organizations listed in the table for which no job title is provided, perhaps understandably, yet the result is that the table does not include any information whatsoever with respect to the business or functions of these

l’expression « publication bien en vue » ne soit pas définie dans la Loi et [TRADUCTION] « [qu’]en aucun temps le CRTC n’a clarifié cette expression ni fourni d’indications » (mémoire de l’appelante sur le procès-verbal de violation, aux paragraphes 78 et 79). Cependant, la conclusion du CRTC est fondée sur le libellé explicite de l’alinéa 10(9)b) de la Loi. Je ne vois pas comment le libellé de cette disposition pourrait ne pas étayer les conclusions du CRTC ni comment ce libellé pourrait raisonnablement laisser croire à l’appelante que la disposition autorise le siphonnage d’adresses de courriel de répertoires en ligne de tiers ou de sites comportant des mises en garde contre les courriels non sollicités. Je ne vois aucune erreur dans les conclusions du CRTC.

[250] En ce qui concerne l’exigence de la pertinence prévue à l’alinéa 10(9)b) — la troisième des exigences énumérées plus haut — l’appelante affirme satisfaire à cette exigence parce que son tableau comprenait le titre du poste du destinataire, lorsqu’elle avait ce renseignement. Par cette observation, l’appelante fait valoir qu’en fournissant le titre du poste du destinataire, elle a établi quel était [TRADUCTION] « le rôle du destinataire au sein de l’organisation pertinente, ce qui est un moyen de démontrer que le MEC concerne les activités du destinataire au sein de cette organisation » (mémoire de l’appelante sur le procès-verbal de violation, au paragraphe 77).

[251] À ce sujet, encore une fois, l’appelante présente la même thèse qu’elle a présentée devant le CRTC : plutôt que de mettre en évidence une erreur dans le raisonnement du CRTC, elle ne fait que reprendre ses observations devant notre Cour.

[252] Le CRTC a conclu que l’appelante a simplement émis des hypothèses quant aux fonctions des destinataires en se basant sur le titre de leur poste, puis a présumé que les MEC concernaient ces fonctions (décision sur le procès-verbal de violation, au paragraphe 70). Le CRTC souligne le cas d’un destinataire qui occupait, selon le tableau, la fonction de [TRADUCTION] « professeur », mais dont le site donné en référence par l’appelante ne donnait aucune indication sur les responsabilités du professeur. Le CRTC relève aussi le cas d’organisations destinataires figurant dans le tableau pour lesquelles aucun titre de poste n’était fourni, peut-être pour de bonnes raisons, mais il

organizations. The CRTC thus found itself unable to determine whether the CEMs in question were relevant to the business, roles, functions or duties of many recipient individuals and organizations.

[253] The CRTC noted that, pursuant to section 13 of CASL, the burden was on the appellant to establish that the preconditions for implying consent under paragraph 10(9)(b) were met. With respect to that provision's relevance requirement, the CRTC concluded that the appellant "did not provide supporting explanations or evidence to demonstrate how this requirement was met in these cases" (Notice of Violation Decision, at paragraph 72).

[254] I see no palpable and overriding error in the CRTC's reasoning or conclusions. I would only add that I do not believe the CRTC stated in strong enough terms just how far short of satisfying the relevance requirement the appellant fell in this case by merely providing (some) recipients' job titles. A recipient's job title is plainly not the same as a recipient's official business, role, functions or duties. In simply stating each recipient's job title, the appellant—contrary to the charitable phrasing of the CRTC—did not even condescend to speculate as to the functions and duties of the titleholder. The dubious task of engaging in such speculation was left entirely to the CRTC and to this Court, as was the subsequent task of surmising how exactly the CEMs sent to each recipient related to that recipient's conjectured functions and duties.

[255] I will not definitively say that no job title could ever, in and of itself, sufficiently convey the business, role, functions or duties performed by the titleholder, nor that the subject of a CEM could never clearly, on its face, relate to that business or role, or to those functions or duties. This can only be assessed on a case-by-case basis. However, I am satisfied that these circumstances do not exist in the present case. Even if they did, moreover, it

n'en demeurait pas moins que le tableau ne comportait pas le moindre renseignement sur les activités ou les fonctions de ces organisations. Le CRTC était donc dans l'incapacité de déterminer si les MEC en question avaient, pour de nombreux destinataires, un lien soit avec l'exercice de leurs attributions, soit avec leur entreprise commerciale ou les fonctions qu'ils exercent au sein d'une telle entreprise.

[253] Le CRTC a fait observer que, conformément à l'article 13 de la Loi, il incombait à l'appelante d'établir qu'il était satisfait aux exigences préalables au consentement tacite prévues à l'alinéa 10(9)b). En ce qui concerne l'exigence de la pertinence de cette disposition, le CRTC a conclu que l'appelante « n'a pas fourni de justifications ni d'éléments de preuve pour démontrer comment cette exigence était respectée dans ces cas » (décision sur le procès-verbal de violation, au paragraphe 72).

[254] Je ne vois aucune erreur manifeste et dominante dans le raisonnement du CRTC ou dans ses conclusions. J'y ajouterais qu'à mon avis, le CRTC ne s'est pas exprimé en termes assez forts pour dire à quel point l'appelante était loin de satisfaire à l'exigence de la pertinence en l'espèce en ne faisant que fournir le titre du poste de (certains) destinataires. De toute évidence, le titre du poste occupé par un destinataire et les attributions officielles de celui-ci ne sont pas la même chose. En se contentant d'énoncer le titre du poste de chaque destinataire, l'appelante — contrairement à ce qu'a charitablement dit le CRTC — n'a même pas pris la peine d'émettre des hypothèses quant aux attributions des titulaires des postes. C'est au CRTC et à notre Cour qu'a incombé la tâche douteuse d'émettre ces hypothèses, ainsi que la tâche subséquente de conjecturer sur la manière dont les MEC envoyés à chaque destinataire pouvaient concerner les attributions hypothétiques du destinataire.

[255] Je n'affirmerai pas catégoriquement qu'il ne sera jamais possible qu'un titre de poste, en soi, suffise à établir en quoi consistent les attributions, l'entreprise commerciale ou les fonctions du titulaire du poste, ni que le sujet d'un MEC ne pourrait jamais, à première vue, concerner ces attributions, entreprise commerciale ou fonctions. Les conclusions de ce type doivent se tirer en fonction des faits propres à chaque affaire. Cependant, je suis convaincu

may still not have been a palpable and overriding error for the CRTC to have expected that the speculative legwork would be performed by the party on whom the burden fell to demonstrate that the preconditions for implying consent had been met. In any event, organizations seeking to rely on paragraph 10(9)(b) of CASL would do well to be prepared to state explicitly the “business, role, functions or duties” of recipient individuals or organizations—I do not believe the terms in quotations require further definition—at least insofar as it relates to the subject matter of the CEM in question. The organization should then be prepared to elucidate, equally explicitly, the relevance of the CEM to the recipient’s business, role, functions or duties thus stated. The express terms of paragraph 10(9)(b) of CASL, in my view, require no less.

D. Did the CRTC Err in Its interpretation and Application of CASL’s Requirements regarding Unsubscribe Mechanisms?

[256] 87 CEMs sent by the appellant were found to contain two unsubscribe links or mechanisms: one that functioned properly and another that produced an error message when accessed. The CRTC determined that these CEMs violated subsection 6(2) of CASL which requires that CEMs set out an unsubscribe mechanism that conforms to the prescribed requirements. Specifically, the CRTC found that CEMs containing a second non-functioning mechanism do not conform to subsections 3(1) and 3(3) of the CRTC Regulations. Respectively, these two provisions require that unsubscribe mechanisms be set out clearly and prominently, and that the mechanism be able to be readily performed.

[257] I am not persuaded that the CRTC’s findings exhibit any reviewable error. While the appellant asserts “[t]here is no indication that the valid unsubscribe mechanism was set out any less clearly or prominently” than the non-functioning mechanism, I note that the converse is also true. Furthermore, even if the appellant had

que les faits de la présente affaire ne le permettent pas. En outre, même s’ils le permettaient, le CRTC n’aurait pas commis d’erreur manifeste et dominante en s’attendant à ce que le travail d’émettre des hypothèses soit fait par la partie à laquelle incombe le fardeau de démontrer qu’il est satisfait aux exigences préalables au consentement tacite. Quoi qu’il en soit, il pourrait être judicieux de la part de l’organisation souhaitant se fonder sur l’alinéa 10(9)b) de la Loi qu’elle soit prête à expliquer expressément quelles sont les « attributions » de la personne ou de l’organisation qui reçoit le message ou « son entreprise commerciale ou les fonctions qu’elle exerce » — je ne crois pas qu’il soit nécessaire de définir les termes entre guillemets —, à tout le moins qu’elle explique la mesure dans laquelle ces attributions, entreprise commerciale ou fonctions se rapportent au sujet du MEC en question. L’organisation devrait ensuite être prête à expliquer, tout aussi expressément, quel est le lien du MEC avec ces attributions, entreprise commerciale ou fonctions du destinataire. À mon avis, le libellé explicite de l’alinéa 10(9)b) n’exige rien de moins.

D. Le CRTC a-t-il commis une erreur dans son interprétation et son application des exigences de la Loi relatives aux mécanismes d’exclusion?

[256] Il a été constaté que, parmi les MEC envoyés par l’appelante, 87 comportaient deux liens ou mécanismes d’exclusion : l’un qui fonctionnait correctement et l’autre qui produisait un message d’erreur lorsqu’on tentait d’y accéder. Le CRTC a conclu que ces MEC contrevenaient au paragraphe 6(2) de la Loi, qui exige que les MEC contiennent un mécanisme d’exclusion conforme aux exigences réglementaires. Précisément, le CRTC a conclu que les MEC comportant un deuxième mécanisme non fonctionnel n’étaient pas conformes aux paragraphes 3(1) et 3(3) du Règlement du CRTC. Ces deux dispositions exigent respectivement que le mécanisme soit énoncé en termes clairs et facilement lisibles et qu’il puisse s’exécuter facilement.

[257] Je ne suis pas convaincu que les conclusions du CRTC soient entachées d’une erreur justifiant notre intervention. Au sujet de l’observation de l’appelante selon laquelle [TRADUCTION] « rien n’indique que le mécanisme d’exclusion fonctionnel était énoncé en termes moins clairs ou moins facilement lisibles » que le mécanisme

demonstrated—which it has not—that by reason of, for instance, superior font size, the functioning mechanism in each CEM was “prominent” in the sense of being “distinguished above others of the same kind” (*Oxford English Dictionary*), it may yet not have been set out “clearly”. According to the *Oxford English Dictionary*, “clear” means, *inter alia*, “[e]asy to understand, fully intelligible, free from obscurity of sense” and “[d]istinct, unclouded, free from confusion.” The mere presence in a CEM of a second unsubscribe mechanism, regardless of its prominence relative to the first, gives rise to obscurity and creates confusion—why the second link? Which should the recipient choose in order to unsubscribe? In my view, the CRTC was not clearly wrong in determining that CEMs containing a second non-functioning unsubscribe mechanism fail to conform to the requirement in subsection 3(1) of the CRTC Regulations that unsubscribe mechanisms be set out clearly and prominently.

[258] With respect to the requirement in subsection 3(3) of the CRTC Regulations that unsubscribe mechanisms must be able to be readily performed, the appellant argues that there is no indication that the functioning mechanism in each CEM functioned less effectively due to the presence of the faulty mechanism. The respondent, for its part, points to the CRTC’s statement in its “Guidelines on the interpretation of the *Electronic Commerce Protection Regulations (CRTC)*” (Compliance and Enforcement Information Bulletin CRTC 2012-548) that [at paragraph 11] “for an unsubscribe mechanism to be ‘readily performed,’ it must be accessed without difficulty or delay, and should be simple, quick, and easy for the consumer to use.”

[259] In my view, the undiminished efficacy of the functioning mechanism emphasized by the appellant only means that it could perhaps be said of the functioning mechanism that it can be readily performed after it has been selected from between the two competing links.

non fonctionnel, je ferai observer que l’inverse est également vrai. En outre, même si l’appelante avait démontré — ce qu’elle n’a pas fait — que le mécanisme d’exclusion fonctionnel de chaque MEC, en raison, par exemple, de la taille supérieure de sa police de caractère, était « facilement lisible », au sens qu’il « peut être décelé, vu » (Larousse) facilement, il pourrait ne pas avoir été énoncé en « termes clairs ». Selon le Larousse, « clair » signifie, entre autres choses, « qui est parfaitement intelligible, sans ambiguïté, qui se comprend aisément » et « qui est manifeste, net, évident ». La simple présence dans le MEC d’un second mécanisme d’exclusion, indépendamment du fait qu’il soit plus facile à déceler que le premier, crée de l’ambiguïté et rend le contenu moins net : pourquoi y a-t-il un deuxième mécanisme? Lequel de ces mécanismes le destinataire doit-il choisir afin d’être exclu de la liste d’envoi? À mon avis, le CRTC n’a pas commis d’erreur manifeste en concluant que les MEC comportant un second mécanisme d’exclusion non fonctionnel n’étaient pas conformes à l’exigence du paragraphe 3(1) du Règlement du CRTC selon laquelle les MEC doivent comporter un mécanisme d’exclusion énoncé en termes clairs et facilement lisibles.

[258] En ce qui concerne l’exigence énoncée au paragraphe 3(3) du Règlement du CRTC selon laquelle le mécanisme d’exclusion doit s’exécuter facilement, l’appelante soutient que rien n’indique que le mécanisme d’exclusion fonctionnel de chaque MEC s’exécutait moins facilement parce qu’il y avait aussi un mécanisme non fonctionnel. Pour sa part, l’intimé porte à l’attention de la Cour la déclaration du CRTC dans ses « Lignes directrices sur l’interprétation du *Règlement sur la protection du commerce électronique (CRTC)* » (Bulletin d’information de Conformité et Enquêtes CRTC 2012-548) selon laquelle [au paragraphe 11] « un mécanisme d’exclusion “s’exécute facilement” s’il est simple, rapide et facile d’utilisation pour le consommateur et si l’accès se fait sans difficulté ni délai ».

[259] À mon avis, l’efficacité non diminuée du mécanisme fonctionnel que fait valoir l’appelante ne pourrait servir qu’à démontrer que ce mécanisme s’exécute facilement après avoir été sélectionné entre deux liens concurrents. Cependant, le destinataire, avant d’avoir sélectionné

However, prior to selecting the functioning link, recipients are confronted with two alternatives with no clear indication as to which is the correct one to select. This, in itself, can cause delay and compromise the ease with which the mechanism is supposed to be accessible. These issues are compounded if the wrong mechanism is selected on the first attempt and recipients encounter an error message. It is not necessary to speculate whether this could create confusion and frustration among recipients—written statements from consumers seen by the CRTC confirm that it can, and has. Consequently, I see no error in the CRTC’s finding that the CEMs in question failed to conform to the requirement in subsection 3(3) of the CRTC Regulations that unsubscribe mechanisms must be able to be readily performed.

X. Conclusion

[260] For these reasons, I would dismiss the appeals with costs.

WEBB J.A.: I agree.

WOODS J.A.: I agree.

APPENDIX A

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

Definitions

1(1) The following definitions apply in this Act.

commercial activity means any particular transaction, act or conduct or any regular course of conduct that is of a commercial character, whether or not the person who carries it out does so in the expectation of profit, other than any transaction, act or conduct that is carried out for the

le lien fonctionnel, s’était fait présenter deux possibilités, sans élément lui indiquant laquelle était la bonne. Ce fait, en soi, peut causer un délai et compromettre la facilité avec laquelle le mécanisme est censé s’exécuter. Ces difficultés s’aggravent lorsque le destinataire essaie d’abord le mécanisme défectueux et qu’il se retrouve devant un message d’erreur. Nul besoin d’émettre des hypothèses pour savoir si les destinataires en éprouveraient confusion et frustration : les déclarations écrites de consommateurs présentées au CRTC peuvent le confirmer, et l’ont confirmé. Par conséquent, je ne vois aucune erreur dans la conclusion du CRTC selon laquelle les MEC en question ne satisfaisaient pas à l’exigence prévue au paragraphe 3(3) du Règlement du CRTC selon laquelle le mécanisme d’exclusion doit pouvoir s’exécuter facilement.

X. Conclusion

[260] Pour les motifs qui précèdent, je rejeterais l’appel avec dépens.

LE JUGE WEBB, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

LA JUGE WOODS, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

ANNEXE A

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

Définitions

1(1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

activité commerciale Tout acte isolé ou activité régulière qui revêt un caractère commercial, que la personne qui l’accomplit le fasse ou non dans le but de réaliser un profit, à l’exception de tout acte ou activité accompli à des fins d’observation de la loi, de sécurité publique, de

purposes of law enforcement, public safety, the protection of Canada, the conduct of international affairs or the defence of Canada.

...

electronic message means a message sent by any means of telecommunication, including a text, sound, voice or image message.

...

Meaning of commercial electronic message

(2) For the purposes of this Act, a commercial electronic message is an electronic message that, having regard to the content of the message, the hyperlinks in the message to content on a website or other database, or the contact information contained in the message, it would be reasonable to conclude has as its purpose, or one of its purposes, to encourage participation in a commercial activity, including an electronic message that

(a) offers to purchase, sell, barter or lease a product, goods, a service, land or an interest or right in land;

(b) offers to provide a business, investment or gaming opportunity;

(c) advertises or promotes anything referred to in paragraph (a) or (b); or

(d) promotes a person, including the public image of a person, as being a person who does anything referred to in any of paragraphs (a) to (c), or who intends to do so.

Other commercial electronic message

(3) An electronic message that contains a request for consent to send a message described in subsection (2) is also considered to be a commercial electronic message.

...

Purpose of Act

3 The purpose of this Act is to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy by regulating commercial conduct that discourages the use of electronic means to carry out commercial activities, because that conduct

protection du Canada, de conduite des affaires internationales ou de défense du Canada.

[...]

message électronique Message envoyé par tout moyen de télécommunication, notamment un message textuel, sonore, vocal ou visuel.

[...]

Message électronique commercial

(2) Pour l'application de la présente loi, est un message électronique commercial le message électronique dont il est raisonnable de conclure, vu son contenu, le contenu de tout site Web ou autre banque de données auquel il donne accès par hyperlien ou l'information qu'il donne sur la personne à contacter, qu'il a pour but, entre autres, d'encourager la participation à une activité commerciale et, notamment, tout message électronique qui, selon le cas :

a) comporte une offre d'achat, de vente, de troc ou de louage d'un produit, bien, service, terrain ou droit ou intérêt foncier;

b) offre une possibilité d'affaires, d'investissement ou de jeu;

c) annonce ou fait la promotion d'une chose ou possibilité mentionnée aux alinéas a) ou b);

d) fait la promotion d'une personne, y compris l'image de celle-ci auprès du public, comme étant une personne qui accomplit — ou a l'intention d'accomplir — un des actes mentionnés aux alinéas a) à c)

Assimilation

(3) Le message électronique comportant une demande de consentement en vue de la transmission d'un message visé au paragraphe (2) est aussi considéré comme un message électronique commercial.

[...]

Objet de la loi

3 La présente loi a pour objet de promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne par la réglementation des pratiques commerciales qui découragent l'exercice des activités commerciales par voie électronique pour les raisons suivantes :

(a) impairs the availability, reliability, efficiency and optimal use of electronic means to carry out commercial activities;

(b) imposes additional costs on businesses and consumers;

(c) compromises privacy and the security of confidential information; and

(d) undermines the confidence of Canadians in the use of electronic means of communication to carry out their commercial activities in Canada and abroad.

...

Unsolicited electronic messages

6 (1) It is prohibited to send or cause or permit to be sent to an electronic address a commercial electronic message unless

(a) the person to whom the message is sent has consented to receiving it, whether the consent is express or implied; and

(b) the message complies with subsection (2).

...

Exception

(5) This section does not apply to a commercial electronic message

(a) that is sent by or on behalf of an individual to another individual with whom they have a personal or family relationship, as defined in the regulations;

(b) that is sent to a person who is engaged in a commercial activity and consists solely of an inquiry or application related to that activity; or

(c) that is of a class, or is sent in circumstances, specified in the regulations.

Exception

(6) Paragraph (1)(a) does not apply to a commercial electronic message that solely

a) elles nuisent à l'accessibilité, à la fiabilité, à l'efficacité et à l'utilisation optimale des moyens de communication électronique dans le cadre des activités commerciales;

b) elles entraînent des coûts supplémentaires pour les entreprises et les consommateurs;

c) elles compromettent la protection de la vie privée et la sécurité des renseignements confidentiels;

d) elles minent la confiance des Canadiens quant à l'utilisation des moyens de communication électronique pour l'exercice de leurs activités commerciales au Canada et à l'étranger.

[...]

Messages électroniques non sollicités

6 (1) Il est interdit d'envoyer à une adresse électronique un message électronique commercial, de l'y faire envoyer ou de permettre qu'il y soit envoyé, sauf si :

a) la personne à qui le message est envoyé a consenti expressément ou tacitement à le recevoir;

b) le message est conforme au paragraphe (2).

[...]

Exception

(5) Le présent article ne s'applique pas aux messages électroniques commerciaux suivants :

a) les messages qui sont envoyés par une personne physique ou au nom de celle-ci à une autre, si ces personnes ont entre elles des liens familiaux ou personnels, au sens des règlements;

b) les messages qui sont envoyés à une personne qui exerce des activités commerciales et qui constituent uniquement une demande — notamment une demande de renseignements — portant sur ces activités;

c) les messages qui font partie d'une catégorie réglementaire ou qui sont envoyés dans les circonstances précisées par règlements.

(6) L'alinéa (1)a) ne s'applique pas aux messages électroniques commerciaux qui sont uniquement, selon le cas :

(a) provides a quote or estimate for the supply of a product, goods, a service, land or an interest or right in land, if the quote or estimate was requested by the person to whom the message is sent;

(b) facilitates, completes or confirms a commercial transaction that the person to whom the message is sent previously agreed to enter into with the person who sent the message or the person — if different — on whose behalf it is sent;

(c) provides warranty information, product recall information or safety or security information about a product, goods or a service that the person to whom the message is sent uses, has used or has purchased;

(d) provides notification of factual information about

(i) the ongoing use or ongoing purchase by the person to whom the message is sent of a product, goods or a service offered under a subscription, membership, account, loan or similar relationship by the person who sent the message or the person — if different — on whose behalf it is sent, or

(ii) the ongoing subscription, membership, account, loan or similar relationship of the person to whom the message is sent;

(e) provides information directly related to an employment relationship or related benefit plan in which the person to whom the message is sent is currently involved, is currently participating or is currently enrolled;

(f) delivers a product, goods or a service, including product updates or upgrades, that the person to whom the message is sent is entitled to receive under the terms of a transaction that they have previously entered into with the person who sent the message or the person — if different — on whose behalf it is sent; or

(g) communicates for a purpose specified in the regulations.

...

Express consent — sections 6 to 8

10(1) A person who seeks express consent for the doing of an act described in any of sections 6 to 8 must, when

a) des messages qui donnent, à la demande des personnes qui les reçoivent, un prix ou une estimation pour la fourniture de biens, produits, services, terrains ou droits ou intérêts fonciers;

b) des messages qui facilitent, complètent ou confirment la réalisation d'une opération commerciale que les personnes qui les reçoivent ont au préalable accepté de conclure avec les personnes qui les ont envoyés ou, le cas échéant, celles au nom de qui ils ont été envoyés;

c) des messages qui donnent des renseignements en matière de garantie, de rappel ou de sécurité à l'égard de biens ou produits utilisés ou achetés par les personnes qui reçoivent ces messages ou de services obtenus par celles-ci;

d) des messages qui donnent des éléments d'information factuels aux personnes qui les reçoivent à l'égard :

(i) soit de l'utilisation ou de l'achat par ces personnes, pendant une certaine période, de biens, produits ou services offerts par les personnes qui ont envoyé ces messages ou, le cas échéant, celles au nom de qui ils ont été envoyés au titre d'un abonnement, d'une adhésion, d'un compte, d'un prêt ou de toute autre relation semblable,

(ii) soit de cet abonnement, cette adhésion, ce compte, ce prêt ou cette autre relation;

e) des messages qui fournissent des renseignements directement liés au statut d'employé des personnes qui les reçoivent ou à tout régime de prestations auquel elles participent ou dont elles tirent des avantages;

f) des messages au moyen desquels sont livrés des biens, produits ou services, y compris des mises à jour ou des améliorations à l'égard de ceux-ci, auxquels les personnes qui reçoivent ces messages ont droit au titre d'une opération déjà conclue avec les personnes qui les ont envoyés ou, le cas échéant, celles au nom de qui ils ont été envoyés;

g) des messages envoyés à l'une des fins prévues par les règlements.

[...]

Consentement exprès : articles 6 à 8

10 (1) Quiconque entend obtenir le consentement exprès d'une personne pour accomplir un acte visé à l'un des

requesting consent, set out clearly and simply the following information:

- (a) the purpose or purposes for which the consent is being sought;
- (b) prescribed information that identifies the person seeking consent and, if the person is seeking consent on behalf of another person, prescribed information that identifies that other person; and
- (c) any other prescribed information.

...

Implied consent — section 6

(9) Consent is implied for the purpose of section 6 only if

- (a) the person who sends the message, the person who causes it to be sent or the person who permits it to be sent has an existing business relationship or an existing non-business relationship with the person to whom it is sent;
- (b) the person to whom the message is sent has conspicuously published, or has caused to be conspicuously published, the electronic address to which the message is sent, the publication is not accompanied by a statement that the person does not wish to receive unsolicited commercial electronic messages at the electronic address and the message is relevant to the person's business, role, functions or duties in a business or official capacity;
- (c) the person to whom the message is sent has disclosed, to the person who sends the message, the person who causes it to be sent or the person who permits it to be sent, the electronic address to which the message is sent without indicating a wish not to receive unsolicited commercial electronic messages at the electronic address, and the message is relevant to the person's business, role, functions or duties in a business or official capacity; or
- (d) the message is sent in the circumstances set out in the regulations.

Definition of *existing business relationship*

(10) In subsection (9), *existing business relationship* means a business relationship between the person to whom the message is sent and any of the other persons referred to

articles 6 à 8 doit, lorsqu'il demande le consentement, énoncer en termes simples et clairs, les renseignements suivants :

- a) les fins auxquelles le consentement est sollicité;
- b) les renseignements réglementaires permettant d'identifier la personne qui sollicite le consentement et, s'il est sollicité au nom d'une autre personne, les renseignements réglementaires permettant d'identifier celle-ci;
- c) tout autre renseignement précisé par règlement.

[...]

Consentement tacite : article 6

(9) Pour l'application de l'article 6, il n'y a consentement tacite que dans l'un ou l'autre des cas suivants :

- a) la personne qui envoie le message, le fait envoyer ou en permet l'envoi a, avec la personne qui le reçoit, des relations d'affaires en cours ou des relations privées en cours;
- b) la personne à qui le message est envoyé a publié bien en vue, ou a ainsi fait publier, l'adresse électronique à laquelle il a été envoyé, la publication ne comporte aucune mention précisant qu'elle ne veut recevoir aucun message électronique commercial non sollicité à cette adresse et le message a un lien soit avec l'exercice des attributions de la personne, soit avec son entreprise commerciale ou les fonctions qu'elle exerce au sein d'une telle entreprise;
- c) la personne à qui le message est envoyé a communiqué l'adresse électronique à laquelle il est envoyé à la personne qui envoie le message, le fait envoyer ou en permet l'envoi, sans aucune mention précisant qu'elle ne veut recevoir aucun message électronique commercial non sollicité à cette adresse et le message a un lien soit avec l'exercice des attributions de la personne, soit avec son entreprise commerciale ou les fonctions qu'elle exerce au sein d'une telle entreprise;
- d) le message est envoyé dans les autres circonstances prévues par règlement.

Définition de *relations d'affaires en cours*

(10) Pour l'application du paragraphe (9), relations d'affaires en cours s'entend des relations d'affaires entre la personne qui envoie le message, le fait envoyer ou en

in that subsection — that is, any person who sent or caused or permitted to be sent the message — arising from

(a) the purchase or lease of a product, goods, a service, land or an interest or right in land, within the two-year period immediately before the day on which the message was sent, by the person to whom the message is sent from any of those other persons;

(b) the acceptance by the person to whom the message is sent, within the period referred to in paragraph (a), of a business, investment or gaming opportunity offered by any of those other persons;

(c) the bartering of anything mentioned in paragraph (a) between the person to whom the message is sent and any of those other persons within the period referred to in that paragraph;

(d) a written contract entered into between the person to whom the message is sent and any of those other persons in respect of a matter not referred to in any of paragraphs (a) to (c), if the contract is currently in existence or expired within the period referred to in paragraph (a); or

(e) an inquiry or application, within the six-month period immediately before the day on which the message was sent, made by the person to whom the message is sent to any of those other persons, in respect of anything mentioned in any of paragraphs (a) to (c).

...

Definition of *existing non-business relationship*

(13) In subsection (9), *existing non-business relationship* means a non-business relationship between the person to whom the message is sent and any of the other persons referred to in that subsection — that is, any person who sent or caused or permitted to be sent the message — arising from

(a) a donation or gift made by the person to whom the message is sent to any of those other persons within the two-year period immediately before the day on which the message was sent, where that other person is a registered charity as defined in subsection 248(1) of the *Income Tax Act*, a political party or organization, or a person who is a candidate — as defined in an Act of Parliament or of the legislature of a province — for publicly elected office;

permet l'envoi et la personne qui le reçoit, découlant, selon le cas :

a) de l'achat ou du louage par la seconde personne, au cours des deux ans précédant la date d'envoi du message, d'un bien, produit, service, terrain ou droit ou intérêt foncier de la première personne;

b) de l'acceptation par la seconde personne, au cours de cette période, d'une possibilité d'affaires, d'investissement ou de jeu offerte par la première personne;

c) du troc d'une chose mentionnée à l'alinéa a) intervenu entre elles au cours de cette période;

d) de tout contrat — toujours en vigueur ou venu à échéance au cours de cette période — conclu par écrit entre elles au sujet d'une chose non mentionnée aux alinéas a) à c);

e) d'une demande — notamment une demande de renseignements — présentée par la seconde personne à la première, au cours des six mois précédant la date d'envoi du message, relativement à une chose ou à une possibilité mentionnée aux alinéas a) ou c).

[...]

Définition de *relations privées en cours*

(13) Pour l'application du paragraphe (9), *relations privées en cours* s'entend des relations entre la personne qui envoie le message, le fait envoyer ou en permet l'envoi et la personne qui le reçoit, qui ne sont pas des relations d'affaires et qui découlent, selon le cas :

a) d'un don ou d'un cadeau offert par la seconde personne à la première au cours des deux ans précédant la date d'envoi du message, dans le cas où cette première personne est un organisme de bienfaisance enregistré au sens du paragraphe 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une organisation ou un parti politiques ou un candidat — au sens de toute loi fédérale ou provinciale — à une charge publique élective;

(b) volunteer work performed by the person to whom the message is sent for any of those other persons, or attendance at a meeting organized by that other person, within the two-year period immediately before the day on which the message was sent, where that other person is a registered charity as defined in subsection 248(1) of the *Income Tax Act*, a political party or organization or a person who is a candidate — as defined in an Act of Parliament or of the legislature of a province — for publicly elected office; or

(c) membership, as defined in the regulations, by the person to whom the message is sent, in any of those other persons, within the two-year period immediately before the day on which the message was sent, where that other person is a club, association or voluntary organization, as defined in the regulations.

...

Contravention of section 6

12 (1) A person contravenes section 6 only if a computer system located in Canada is used to send or access the electronic message.

Contravention of section 7

(2) A person contravenes section 7 only if a computer system located in Canada is used to send, route or access the electronic message.

...

Notice for production

17 (1) A person who is designated for the purpose of this section may cause a notice to be served on a person requiring them to produce a copy of a document that is in their possession or control, or to prepare a document based on data, information or documents that are in their possession or control and to produce that document.

Purpose of notice

(2) The designated person may issue the notice only for the purpose of one or more of the following:

(a) verifying compliance with this Act;

(b) determining whether any of sections 6 to 9 has been contravened; and

b) du travail effectué à titre de bénévole par la seconde personne pour la première au cours des deux ans précédant la date d'envoi du message, dans le cas où cette première personne est un organisme de bienfaisance enregistré au sens du paragraphe 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une organisation ou un parti politiques ou un candidat — au sens de toute loi fédérale ou provinciale — à une charge publique électorale;

c) d'une adhésion, au sens des règlements, de la seconde personne auprès de la première au cours des deux ans précédant la date d'envoi du message, dans le cas où cette première personne est un club, une association ou un organisme bénévole, au sens des règlements.

[...]

Contravention à l'article 6

12 (1) Il n'y a contravention à l'article 6 que si un ordinateur situé au Canada est utilisé pour envoyer ou récupérer le message électronique.

Contravention à l'article 7

(2) Il n'y a contravention à l'article 7 que si un ordinateur situé au Canada est utilisé pour envoyer, acheminer ou récupérer le message électronique.

[...]

Avis de communication

17 (1) La personne désignée pour l'application du présent article peut faire signifier à toute personne un avis pour l'obliger à communiquer la copie de tout document qui est en sa possession ou sous sa responsabilité ou à établir tout document à partir de données, renseignements ou documents qui sont en sa possession ou sous sa responsabilité et à le communiquer.

But de l'avis

(2) Elle ne peut établir l'avis qu'à l'une ou l'autre des fins suivantes :

a) vérifier le respect de la présente loi;

b) décider si une contravention à l'un des articles 6 à 9 a été commise;

(c) assisting an investigation or proceeding in respect of a contravention of the laws of a foreign state that address conduct that is substantially similar to conduct prohibited under any of sections 6 to 9.

Particulars of notice

(3) The notice must require the document to be produced to a person named in the notice within the time, at the place and in the form specified in the notice.

Conditions

(4) The designated person may impose conditions in the notice to prevent the disclosure of some or all of its contents or its existence if they have reasonable grounds to believe that the disclosure would jeopardize the conduct of

(a) an investigation under this Act; or

(b) an investigation or proceeding in respect of a contravention of the laws of a foreign state that address conduct that is substantially similar to conduct prohibited under any of sections 6 to 9.

Expiry and revocation of conditions

(5) A condition imposed to prevent disclosure expires six months after the day on which the notice is served on the person unless, before its expiry, a notice extending the condition for an additional period of six months is served on them. A condition may not be extended more than once and a notice revoking the condition may be served on the person at any time.

Return of documents not required

(6) Documents and copies of documents that are produced under this section need not be returned to the person who produced them.

...

Violations

20 (1) Every person who contravenes any of sections 6 to 9 commits a violation for which they are liable to an administrative monetary penalty.

Purpose of penalty

(2) The purpose of a penalty is to promote compliance with this Act and not to punish.

c) faciliter une enquête, instance ou poursuite relative à une contravention à une loi d'un État étranger visant des comportements essentiellement semblables à ceux interdits par l'un des articles 6 à 9.

Contenu de l'avis

(3) L'avis précise le lieu et la forme de la communication, le délai dans lequel elle doit être faite ainsi que le nom de la personne à qui elle doit l'être.

Conditions

(4) La personne désignée peut assortir l'avis de conditions visant à empêcher la divulgation de tout ou partie de son contenu, ou de son existence si elle a des motifs raisonnables de croire que cette divulgation compromettrait le déroulement :

(a) soit d'une enquête menée au titre de la présente loi;

(b) soit d'une enquête, instance ou poursuite relative à une contravention à une loi d'un État étranger visant des comportements essentiellement semblables à ceux interdits par l'un des articles 6 à 9.

Expiration et annulation des conditions

(5) Les conditions visant à empêcher la divulgation expirent six mois après la signification de l'avis, à moins qu'avant l'expiration de celles-ci un avis les renouvelant — pour une période additionnelle de six mois — n'ait été signifié à la personne en question. L'avis renouvelant les conditions ne peut être signifié qu'une seule fois et un avis les annulant peut l'être à tout moment.

Aucune restitution

(6) Il n'est pas nécessaire de retourner à la personne les documents ou copies de documents qu'elle a communiqués en application du présent article.

[...]

Violations

20 (1) Toute contravention à l'un des articles 6 à 9 constitue une violation exposant son auteur à une sanction administrative pécuniaire.

But de la sanction

(2) L'imposition de la sanction vise non pas à punir, mais plutôt à favoriser le respect de la présente loi.

Factors for penalty

(3) The following factors must be taken into account when determining the amount of a penalty:

- (a) the purpose of the penalty;
- (b) the nature and scope of the violation;
- (c) the person's history with respect to any previous violation under this Act, any previous conduct that is reviewable under section 74.011 of the *Competition Act* and any previous contravention of section 5 of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act* that relates to a collection or use described in subsection 7.1(2) or (3) of that Act;
- (d) the person's history with respect to any previous undertaking entered into under subsection 21(1) and any previous consent agreement signed under subsection 74.12(1) of the *Competition Act* that relates to acts or omissions that constitute conduct that is reviewable under section 74.011 of that Act;
- (e) any financial benefit that the person obtained from the commission of the violation;
- (f) the person's ability to pay the penalty;
- (g) whether the person has voluntarily paid compensation to a person affected by the violation;
- (h) the factors established by the regulations; and
- (i) any other relevant factor.

Maximum penalties

(4) The maximum penalty for a violation is \$1,000,000 in the case of an individual, and \$10,000,000 in the case of any other person.

Regulations

(5) The Governor in Council may make regulations

...

Détermination du montant de la sanction

(3) Pour la détermination du montant de la sanction, il est tenu compte des éléments suivants :

- a) le but de la sanction;
- b) la nature et la portée de la violation;
- c) les antécédents de l'auteur de la violation, à savoir violation à la présente loi, comportement susceptible d'examen visé à l'article 74.011 de la *Loi sur la concurrence* et contravention à l'article 5 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* qui met en cause une collecte ou une utilisation visée aux paragraphes 7.1(2) ou (3) de cette loi;
- d) ses antécédents au regard des engagements contractés en vertu du paragraphe 21(1) et des consentements signés en vertu du paragraphe 74.12(1) de la *Loi sur la concurrence* concernant des actes ou omissions qui constituent des comportements susceptibles d'examen visés à l'article 74.011 de cette loi;
- e) tout avantage financier qu'il a retiré de la commission de la violation;
- f) sa capacité de payer le montant de la sanction;
- g) tout versement d'une somme qu'il a fait volontairement, à titre de dédommagement, à toute personne touchée par la violation;
- h) tout critère prévu par règlement;
- i) tout autre élément pertinent.

Plafond de la sanction

(4) Le montant maximal de la sanction pour une violation est de 1 000 000 \$, dans le cas où l'auteur est une personne physique, et de 10 000 000 \$ dans le cas de toute autre personne.

Pouvoir réglementaire

(5) Le gouverneur en conseil peut, par règlement :

- a) désigner les dispositions dont la contravention constitue une violation distincte pour chacun des jours au cours desquels la contravention se continue;
- b) prévoir les critères pour l'application de l'alinéa (3)h).

[...]

Notice of violation

22 (1) A person who is designated for the purpose of this section may issue a notice of violation and cause it to be served on a person if they believe on reasonable grounds that the person has committed a violation.

...

22

Contents of notice

(2) The notice of violation must

(a) name the person believed to have committed the violation;

(b) identify every act or omission for which the notice is served and every provision at issue;

(c) set out the administrative monetary penalty that the person is liable to pay and the time and manner of payment;

(d) inform the person that they may make representations to the Commission within 30 days after the day on which the notice is served or any longer period set out in the notice, and set out the manner for making the representations;

(e) inform the person that, if they do not pay the penalty or make representations in accordance with the notice, they will be deemed to have committed the violation and that the penalty set out in the notice will be imposed; and

(f) inform the person that if they are found or are deemed to have committed a violation they may be made the subject of an order requiring them to do what this Act requires them to do, or forbidding them to do what this Act prohibits them from doing, and that the order can be enforced as an order of a court of competent jurisdiction.

...

Representations

25 (1) If a person makes representations in accordance with the notice, the Commission must decide, on a balance of probabilities, whether the person committed the violation and, if so, may impose the penalty set out in the notice of violation, may reduce or waive the penalty, or may

Procès-verbal de violation

22 (1) Si elle a des motifs raisonnables de croire qu'une violation a été commise, la personne désignée pour l'application du présent article peut dresser un procès-verbal qu'elle fait signifier à l'auteur présumé de la violation.

Contenu du procès-verbal

(2) Le procès-verbal mentionne :

a) le nom de l'auteur présumé de la violation;

b) les actes ou omissions pour lesquels le procès-verbal est signifié et les dispositions en cause;

c) le montant de la sanction à payer, ainsi que le délai et les modalités de paiement;

d) la faculté de présenter des observations au Conseil dans les trente jours suivant la signification du procès-verbal ou dans le délai plus long précisé dans celui-ci, et les modalités à respecter pour ce faire;

e) le fait que le défaut de paiement du montant de la sanction ou l'omission de présenter des observations conformément au procès-verbal vaut déclaration de responsabilité et entraîne l'imposition de la sanction prévue dans celui-ci;

f) le fait que, en cas de déclaration de responsabilité, il peut être rendu à l'endroit de la personne en cause une ordonnance lui enjoignant d'accomplir tout acte ou de s'en abstenir pour se conformer à la présente loi, et que l'ordonnance est exécutoire comme si elle avait été rendue par un tribunal compétent.

[...]

Observations

25 (1) Si la personne présente des observations selon les modalités qui sont prévues dans le procès-verbal, le Conseil décide, selon la prépondérance des probabilités, de sa responsabilité à l'égard de la violation et, le cas échéant, il peut imposer la sanction prévue dans le procès-verbal, en

suspend payment of the penalty subject to any conditions that the Commission considers necessary to ensure compliance with this Act.

Notice of decision

(2) The Commission must cause a copy of its decision to be served on the person together with a notice of their right to appeal.

...

For greater certainty

30 For greater certainty, a violation is not an offence and, accordingly, section 126 of the *Criminal Code* does not apply.

Directors, officers, etc., of corporations

31 An officer, director, agent or mandatary of a corporation that commits a violation is liable for the violation if they directed, authorized, assented to, acquiesced in or participated in the commission of the violation, whether or not the corporation is proceeded against.

Various liability

32 A person is liable for a violation that is committed by their employee acting within the scope of their employment or their agent or mandatary acting within the scope of their authority, whether or not the employee, agent or mandatary is identified or proceeded against.

Electronic Commerce Protection Regulations (CRTC), SOR/2012-36

Definition

1 In these Regulations, **Act** means *An Act to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy by regulating certain activities that discourage reliance on electronic means of carrying out commercial activities, and to amend the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act, the Competition Act, the Personal Information Protection and Electronic Documents Act and the Telecommunications Act.*

Information to Be Included in Commercial Electronic Messages

2 (1) For the purposes of subsection 6(2) of the Act, the following information must be set out in any commercial electronic message:

réduire le montant, y renoncer ou encore en suspendre le paiement aux conditions qu'il estime nécessaires pour l'observation de la présente loi.

Signification de la décision

(2) Le Conseil fait signifier à la personne en question copie de sa décision et l'avise par la même occasion de son droit d'interjeter appel.

[...]

Précision

30 Il est entendu que les violations ne sont pas des infractions; en conséquence, nul ne peut être poursuivi à ce titre sur le fondement de l'article 126 du *Code criminel*.

Administrateurs, dirigeants, etc.

31 En cas de commission par une personne morale d'une violation, ceux de ses dirigeants, administrateurs ou mandataires qui l'ont ordonnée ou autorisée, ou qui y ont consenti ou participé, sont responsables de la violation, que la personne morale fasse ou non l'objet de procédures en violation.

Responsabilité indirecte

32 L'employeur ou le mandant est responsable de la violation commise par son employé ou son mandataire dans le cadre de son emploi ou du mandat, que celui-ci soit ou non connu ou fasse ou non l'objet de procédures en violation.

Règlement sur la protection du commerce électronique (CRTC), DORS/2012-36

Définition

1 Dans le présent règlement, **Loi** s'entend de la *Loi visant à promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne par la réglementation de certaines pratiques qui découragent l'exercice des activités commerciales par voie électronique et modifiant la Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, la Loi sur la concurrence, la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques et la Loi sur les télécommunications.*

Renseignements à inclure dans les messages électroniques commerciaux

2 (1) Pour l'application du paragraphe 6(2) de la Loi, le message électronique commercial comporte les renseignements suivants :

(a) the name by which the person sending the message carries on business, if different from their name, if not, the name of the person;

(b) if the message is sent on behalf of another person, the name by which the person on whose behalf the message is sent carries on business, if different from their name, if not, the name of the person on whose behalf the message is sent;

(c) if the message is sent on behalf of another person, a statement indicating which person is sending the message and which person on whose behalf the message is sent; and

(d) the mailing address, and either a telephone number providing access to an agent or a voice messaging system, an email address or a web address of the person sending the message or, if different, the person on whose behalf the message is sent.

(2) If it is not practicable to include the information referred to in subsection (1) and the unsubscribe mechanism referred to in paragraph 6(2)(c) of the Act in a commercial electronic message, that information may be posted on a page on the World Wide Web that is readily accessible by the person to whom the message is sent at no cost to them by means of a link that is clearly and prominently set out in the message.

Form of Commercial Electronic Messages

3 (1) The information referred to in section 2 and the unsubscribe mechanism referred to in paragraph 6(2)(c) of the Act must be set out clearly and prominently.

(2) The unsubscribe mechanism referred to in paragraph 6(2)(c) of the Act must be able to be readily performed.

Information to Be Included in a Request for Consent

4 For the purposes of subsections 10(1) and (3) of the Act, a request for consent may be obtained orally or in writing and must be sought separately for each act described in sections 6 to 8 of the Act and must include

(a) the name by which the person seeking consent carries on business, if different from their name, if not, the name of the person seeking consent;

a) le nom sous lequel la personne qui envoie le message exerce ses activités commerciales, s'il diffère du sien, ou, à défaut, son nom;

b) si le message est envoyé au nom d'une autre personne, le nom sous lequel celle-ci exerce ses activités commerciales, s'il diffère du sien, ou, à défaut, son nom;

c) si le message est envoyé au nom d'une autre personne, une mention indiquant le nom de la personne qui envoie le message et celui au nom de qui il est envoyé;

d) l'adresse postale et soit le numéro de téléphone donnant accès à un agent de service ou à un service de messagerie vocale, soit l'adresse de courriel ou du site Web de la personne qui envoie le message ou, le cas échéant, de celle au nom de qui il est envoyé.

(2) S'il est pratiquement impossible d'inclure les renseignements mentionnés au paragraphe (1) et le mécanisme d'exclusion visé à l'alinéa 6(2)c) de la Loi dans le message électronique commercial, ils peuvent être affichés sur une page Web facilement accessible sans frais par le destinataire au moyen d'un lien indiqué dans le message en termes clairs et facilement lisibles.

Forme des messages électroniques commerciaux

3 (1) Les renseignements visés à l'article 2 et le mécanisme d'exclusion visé à l'alinéa 6(2)c) de la Loi doivent être énoncés en termes clairs et facilement lisibles.

(2) Le mécanisme d'exclusion visé à l'alinéa 6(2)c) de la Loi doit pouvoir s'exécuter facilement.

Renseignements à inclure dans les demandes de consentement

4 Pour l'application des paragraphes 10(1) et (3) de la Loi, la demande de consentement est faite oralement ou par écrit et séparément pour chacun des actes visés aux articles 6 à 8 de la Loi et comporte les renseignements suivants :

a) le nom sous lequel la personne qui sollicite le consentement exerce ses activités commerciales, s'il diffère du sien, ou, à défaut, son nom;

(b) if the consent is sought on behalf of another person, the name by which the person on whose behalf consent is sought carries on business, if different from their name, if not, the name of the person on whose behalf consent is sought;

(c) if consent is sought on behalf of another person, a statement indicating which person is seeking consent and which person on whose behalf consent is sought; and

(d) the mailing address, and either a telephone number providing access to an agent or a voice messaging system, an email address or a web address of the person seeking consent or, if different, the person on whose behalf consent is sought; and

(e) a statement indicating that the person whose consent is sought can withdraw their consent.

Specified Functions of Computer Programs

5 A computer program's material elements that perform one or more of the functions listed in subsection 10(5) of the Act must be brought to the attention of the person from whom consent is being sought separately from any other information provided in a request for consent and the person seeking consent must obtain an acknowledgement in writing from the person from whom consent is being sought that they understand and agree that the program performs the specified functions.

Coming into Force

6 (1) These Regulations, except section 5, come into force on the day on which sections 6, 7 and 9 to 11 and subsection 64(2) of *An Act to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy by regulating certain activities that discourage reliance on electronic means of carrying out commercial activities, and to amend the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act, the Competition Act, the Personal Information Protection and Electronic Documents Act and the Telecommunications Act*, chapter 23 of the Statutes of Canada, 2010, come into force, but if they are registered after that day, they come into force on the day on which they are registered.

(2) Section 5 comes into force on the day on which section 8 of the Act, referred to in subsection (1), comes into force.

Electronic Commerce Protection Regulations, SOR/2013-221

b) si le consentement est sollicité au nom d'une autre personne, le nom sous lequel celle-ci exerce ses activités commerciales, s'il diffère du sien, ou, à défaut, son nom;

c) si le consentement est sollicité au nom d'une autre personne, une mention indiquant le nom de la personne qui sollicite le consentement et celui au nom de qui il est sollicité;

d) l'adresse postale et soit le numéro de téléphone donnant accès à un agent de service ou à un service de messagerie vocale, soit l'adresse de courriel ou du site Web de la personne qui sollicite le consentement ou, le cas échéant, de celle au nom de qui il est sollicité;

e) un énoncé portant que la personne auprès de qui le consentement est sollicité peut retirer son consentement.

Programme d'ordinateur effectuant des fonctions spécifiques

5 Les éléments d'un programme d'ordinateur qui effectuent l'une ou l'autre des fonctions mentionnées au paragraphe 10(5) de la Loi sont portés à l'attention de la personne auprès de qui le consentement est sollicité séparément des autres renseignements fournis dans la demande de consentement et la personne qui sollicite le consentement doit obtenir de cette personne une confirmation écrite attestant qu'elle comprend et accepte que le programme effectue les fonctions mentionnées.

Entrée en vigueur

6 (1) Le présent règlement, à l'exception de l'article 5, entre en vigueur à la date d'entrée en vigueur des articles 6, 7 et 9 à 11 et du paragraphe 64(2) de la *Loi visant à promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne par la réglementation de certaines pratiques qui découragent l'exercice des activités commerciales par voie électronique et modifiant la Loi sur le Conseil de la radio-diffusion et des télécommunications canadiennes, la Loi sur la concurrence, la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques et la Loi sur les télécommunications*, chapitre 23 des Lois du Canada (2010) ou, si elle est postérieure, à la date de son enregistrement.

(2) L'article 5 entre en vigueur à la date d'entrée en vigueur de l'article 8 de la loi visée au paragraphe (1).

Règlement sur la protection du commerce électronique, DORS/2013-221

Definition**Definition of Act**

1 In these Regulations, *Act* means *An Act to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy by regulating certain activities that discourage reliance on electronic means of carrying out commercial activities, and to amend the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act, the Competition Act, the Personal Information Protection and Electronic Documents Act and the Telecommunications Act.*

Family Relationship and Personal Relationship**Family and personal relationships**

2 For the purposes of paragraph 6(5)(a) of the Act,

(a) *family relationship* means the relationship between an individual who sends a message and the individual to whom the message is sent if those individuals are related to one another through a marriage, common-law partnership or any legal parent-child relationship and those individuals have had direct, voluntary, two-way communication; and

(b) *personal relationship* means the relationship between an individual who sends a message and the individual to whom the message is sent, if those individuals have had direct, voluntary, two-way communications and it would be reasonable to conclude that they have a personal relationship, taking into consideration any relevant factors such as the sharing of interests, experiences, opinions and information evidenced in the communications, the frequency of communication, the length of time since the parties communicated or whether the parties have met in person.

Excluded Commercial Electronic Messages**Excluded messages — Section 6 of Act**

3 Section 6 of the Act does not apply to a commercial electronic message

(a) that is sent by an employee, representative, consultant or franchisee of an organization

(i) to another employee, representative, consultant or franchisee of the organization and the message concerns the activities of the organization, or

Définition**Définition de Loi**

1 Dans le présent règlement, *Loi* s'entend de la *Loi visant à promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne par la réglementation de certaines pratiques qui découragent l'exercice des activités commerciales par voie électronique et modifiant la Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, la Loi sur la concurrence, la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques et la Loi sur les télécommunications.*

Liens familiaux et liens personnels**Liens familiaux et personnels**

2 Pour l'application de l'alinéa 6(5)a) de la Loi :

a) des personnes physiques sont unies par des liens familiaux si la personne qui envoie le message et la personne à qui le message est envoyé sont unies par les liens de mariage ou d'union de fait ou de filiation et ont eu entre elles des communications volontaires, directes et bidirectionnelles;

b) des personnes physiques sont unies par des liens personnels si la personne qui envoie le message et la personne à qui le message est envoyé ont eu entre elles des communications volontaires, directes et bidirectionnelles permettant raisonnablement de conclure à l'existence de tels liens, compte tenu des facteurs pertinents, notamment, le partage d'intérêts, d'expériences, d'opinions et d'informations, comme en témoignent leurs communications et la fréquence de celles-ci, le temps écoulé depuis la dernière communication et le fait que les parties se sont rencontrées ou non en personne.

Messages électroniques commerciaux exemptés**Article 6 de la Loi – messages exemptés**

3 L'article 6 de la Loi ne s'applique pas au message électronique commercial :

a) envoyé par l'employé, le représentant, le consultant ou le franchisé d'une organisation, selon le cas :

(i) à un autre employé, un représentant, un consultant ou un franchisé au sein de la même organisation, si le message concerne les activités de l'organisation,

- (ii) to an employee, representative, consultant or franchisee of another organization if the organizations have a relationship and the message concerns the activities of the organization to which the message is sent;
- (b) that is sent in response to a request, inquiry or complaint or is otherwise solicited by the person to whom the message is sent;
- (c) that is sent to a person
- (i) to satisfy a legal or juridical obligation,
- (ii) to provide notice of an existing or pending right, legal or juridical obligation, court order, judgment or tariff,
- (iii) to enforce a right, legal or juridical obligation, court order, judgment or tariff, or
- (iv) to enforce a right arising under a law of Canada, of a province or municipality of Canada or of a foreign state;
- (d) that is sent and received on an electronic messaging service if the information and unsubscribe mechanism that are required under subsection 6(2) of the Act are conspicuously published and readily available on the user interface through which the message is accessed, and the person to whom the message is sent consents to receive it either expressly or by implication;
- (e) that is sent to a limited-access secure and confidential account to which messages can only be sent by the person who provides the account to the person who receives the message;
- (f) if the person who sends the message or causes or permits it to be sent reasonably believes the message will be accessed in a foreign state that is listed in the schedule and the message conforms to the law of the foreign state that addresses conduct that is substantially similar to conduct prohibited under section 6 of the Act;
- (g) that is sent by or on behalf of a registered charity as defined in subsection 248(1) of the Income Tax Act and the message has as its primary purpose raising funds for the charity; or
- (ii) à l'employé, au représentant, au consultant ou au franchisé d'une autre organisation si leurs organisations respectives entretiennent des rapports et que le message concerne les activités de l'organisation à qui le message est envoyé;
- b) envoyé en réponse à une demande — notamment une demande de renseignements — ou par suite d'une plainte, ou sollicité de quelque façon que ce soit par la personne à qui le message est envoyé;
- c) envoyé :
- (i) pour satisfaire à une obligation juridique,
- (ii) pour donner avis d'un droit, d'une obligation juridique, d'une ordonnance d'un tribunal, d'un jugement ou d'un tarif existants ou à venir,
- (iii) pour faire valoir un droit ou exécuter une obligation juridique, une ordonnance judiciaire, un jugement ou un tarif,
- (iv) pour faire valoir un droit découlant d'une règle de droit fédérale, provinciale, municipale ou étrangère;
- d) envoyé et reçu par l'entremise d'un service de messagerie électronique, si les renseignements et le mécanisme d'exclusion requis en application du paragraphe 6(2) de la Loi sont publiés de façon à être visibles et facilement accessibles sur l'interface utilisateur au moyen de laquelle le message sera récupéré et que la personne à qui le message est envoyé a consenti expressément ou tacitement à le recevoir;
- e) envoyé à un compte sécuritaire et confidentiel à accès restreint, auquel les messages ne peuvent être envoyés que par la personne qui a fourni le compte à la personne qui reçoit le message;
- f) si la personne qui l'envoie, le fait envoyer ou en permet l'envoi a des motifs raisonnables de croire qu'il sera récupéré dans un État étranger mentionné à l'annexe et qu'il sera conforme à une loi de cet État régissant les comportements essentiellement similaires à ceux interdits par l'article 6 de la Loi;
- g) envoyé par un organisme de bienfaisance enregistré au sens du paragraphe 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou en son nom si le principal objet du message est de lever des fonds pour les activités de bienfaisance de l'organisme en cause;

(h) that is sent by or on behalf of a political party or organization, or a person who is a candidate – as defined in an Act of Parliament or the legislature of a province – for publicly elected office and the message has as its primary purpose soliciting a contribution as defined in subsection 2(1) of the *Canada Elections Act*.

Excluded messages — Paragraph 6(1)(a) of Act

4 (1) Paragraph 6(1)(a) of the Act does not apply to the first commercial electronic message that is sent by a person for the purpose of contacting the individual to whom the message is sent following a referral by any individual who has an existing business relationship, an existing non-business relationship, a family relationship or a personal relationship with the person who sends the message as well as any of those relationships with the individual to whom the message is sent and that discloses the full name of the individual or individuals who made the referral and states that the message is sent as a result of the referral.

Existing business or non-business relationship

(2) An existing business relationship or an existing non-business relationship has the same meaning as in subsection 10(10) or (13) of the Act, respectively.

Conditions for Use of Consent

Person whose identity is unknown

5 (1) For the purposes of paragraph 10(2)(b) of the Act, a person who obtained express consent on behalf of a person whose identity was unknown may authorize any person to use the consent on the condition that the person who obtained it ensures that, in any commercial electronic message sent to the person from whom consent was obtained,

(a) the person who obtained consent is identified; and

(b) the authorized person provides an unsubscribe mechanism that, in addition to meeting the requirements set out in section 11 of the Act, allows the person from whom consent was obtained to withdraw their consent from the person who obtained consent or any other person who is authorized to use it.

Person who obtained consent

(2) The person who obtained consent must ensure that, on receipt of an indication of withdrawal of consent by

h) envoyé par une organisation ou un parti politiques ou un candidat — au sens de toute loi fédérale ou provinciale — à une charge publique élective ou pour le compte de ceux-ci si le principal objet du message est de demander des contributions au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi électorale du Canada*.

Alinéa 6(1)a — messages exemptés

4 (1) L'alinéa 6(1)a de la Loi ne s'applique pas au premier message électronique commercial qui, d'une part, est envoyé par une personne à une personne physique en vue d'entrer en contact avec elle par suite d'une recommandation d'une ou de plusieurs personnes physiques ayant, avec l'expéditeur du message et avec son destinataire des relations d'affaires en cours, des relations privées en cours ou des liens familiaux ou personnels et si, d'autre part, ce message révèle le nom au complet de la ou des personnes physiques ayant fait la recommandation et comporte la mention qu'il est envoyé par suite d'une telle recommandation.

Relations d'affaires en cours ou relations privées en cours

(2) Des relations d'affaires en cours ou des relations privées en cours s'entendent au sens des paragraphes 10(10) et (13) de la Loi, respectivement.

Conditions d'utilisation du consentement

Obligations — personne dont l'identité est inconnue

5 (1) Pour l'application de l'alinéa 10(2)(b) de la Loi, la personne qui a obtenu le consentement exprès au nom d'une autre personne dont l'identité était inconnue peut autoriser toute personne à utiliser le consentement à condition de veiller à ce que, dans tout message électronique commercial envoyé à la personne qui a donné le consentement :

a) son identité soit établie à titre de personne ayant obtenu le consentement;

b) la personne autorisée fournisse un mécanisme d'exclusion qui, en plus d'être conforme aux exigences de l'article 11 de la Loi, permet à la personne ayant donné le consentement de le retirer à la personne qui l'a obtenu ou à toute autre personne autorisée à l'utiliser.

Personne qui a obtenu le consentement

(2) La personne qui a obtenu le consentement veille à ce que la personne autorisée qui a envoyé le message l'avise

the authorized person who sent the commercial electronic message, the authorized person notifies the person who obtained consent that consent has been withdrawn from, as the case may be,

- (a) the person who obtained consent;
- (b) the authorized person who sent the commercial electronic message; or
- (c) any other person who is authorized to use the consent.

Notification of other authorized person

(3) The person who obtained consent must without delay inform a person referred to in paragraph (2)(c) of the withdrawal of consent on receipt of a notification of withdrawal of consent from the person referred to in that paragraph.

Give effect to withdrawal of consent

(4) The person who obtained consent must give effect to a withdrawal of consent in accordance with subsection 11(3) of the Act, and, if applicable, ensure that a person referred to in paragraph (2)(c) also gives effect to the withdrawal in accordance with that subsection.

Specified Computer Programs

Specified programs

6 The following programs are specified for the purposes of subparagraph 10(8)(a)(vi) of the Act:

- (a) a program that is installed by or on behalf of a telecommunications service provider solely to protect the security of all or part of its network from a current and identifiable threat to the availability, reliability, efficiency or optimal use of its network;
- (b) a program that is installed, for the purpose of updating or upgrading the network, by or on behalf of the telecommunications service provider who owns or operates the network on the computer systems that constitute all or part of the network; and
- (c) a program that is necessary to correct a failure in the operation of the computer system or a program installed on it and is installed solely for that purpose.

dès qu'elle est informée que le consentement a été retiré à l'une des personnes suivantes :

- a) la personne qui a obtenu le consentement;
- b) la personne autorisée qui a envoyé le message;
- c) toute autre personne autorisée à utiliser le consentement.

Avis de retrait aux autres personnes autorisées

(3) Sur réception d'un avis de retrait du consentement concernant la personne visée à l'alinéa (2)c), la personne qui a obtenu le consentement avise sans délai l'intéressé.

Donner suite au retrait de consentement

(4) La personne qui a obtenu le consentement donne suite au retrait du consentement conformément au paragraphe 11(3) de la Loi et veille à ce que la personne visée à l'alinéa (2)c) fasse de même, le cas échéant.

Programmes d'ordinateur

Programmes précisés

6 Les programmes visés pour l'application du sous-alinéa 10(8)a)(vi) de la Loi sont les suivants :

- a) le programme qui est installé par le télécommunicateur ou en son nom uniquement pour protéger la sécurité de la totalité ou d'une partie de son réseau d'une menace actuelle et identifiable à l'accessibilité, à la fiabilité, à l'efficacité ou à l'utilisation optimale du réseau;
- b) le programme qui est installé par le télécommunicateur qui possède ou exploite le réseau, ou en son nom, sur tous les ordinateurs faisant partie du réseau pour la mise à jour ou a niveau de ce réseau;
- c) le programme qui est nécessaire à la correction d'une défaillance dans le fonctionnement de l'ordinateur ou d'un de ses programmes et qui est installé uniquement à cette fin.

Membership, Club, Association and Voluntary Organization

Membership

7(1) For the purposes of paragraph 10(13)(c) of the Act, membership is the status of having been accepted as a member of a club, association or voluntary organization in accordance with its membership requirements.

Club, association or voluntary organization

(2) For the purposes of paragraph 10(13)(c) of the Act, a club, association or voluntary organization is a non-profit organization that is organized and operated exclusively for social welfare, civic improvement, pleasure or recreation or for any purpose other than personal profit, if no part of its income is payable to, or otherwise available for the personal benefit of, any proprietor, member or shareholder of that organization unless the proprietor, member or shareholder is an organization whose primary purpose is the promotion of amateur athletics in Canada.

Coming into Force

S.C. 2010, c. 23

***8 (1)** These Regulations, except section 6, come into force on the day on which sections 6, 7, 9 to 11 and subsection 64(1) of *An Act to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy by regulating certain activities that discourage reliance on electronic means of carrying out commercial activities, and to amend the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act, the Competition Act, the Personal Information Protection and Electronic Documents Act and the Telecommunications Act* (“the Act”), chapter 23 of the Statutes of Canada, come into force, but if they are registered after that day, they come into force on the day on which they are registered.

Section 6

(2) Section 6 comes into force on the day on which section 8 of the Act, referred to in subsection (1), comes into force.

Adhésion, club, association et organisme bénévole

Adhésion

7 (1) Pour l’application de l’alinéa 10(13)c) de la Loi, l’adhésion est le fait d’être accepté comme membre d’un club, d’une association ou d’un organisme bénévole conformément aux exigences d’appartenance de l’un ou l’autre.

Club, association ou organisme bénévole

(2) Pour l’application de l’alinéa 10(13)c) de la Loi, un club, une association ou un organisme bénévole est une organisation sans but lucratif constituée et administrée uniquement pour l’exercice d’activités non lucratives, notamment des activités liées au bien-être social, aux améliorations locales et aux loisirs ou divertissements, et dont aucun revenu n’est versé à un propriétaire, membre ou actionnaire — ou ne peut par ailleurs servir à son profit personnel — sauf si le propriétaire, membre ou actionnaire est une organisation dont le but premier est de promouvoir le sport amateur au Canada.

Entrée en vigueur

L.C. 2010, ch. 23

***8 (1)** Le présent règlement, à l’exception de l’article 6, entre en vigueur à la date d’entrée en vigueur des articles 6, 7 et 9 à 11 et du paragraphe 64(1) de la *Loi visant à promouvoir l’efficacité et la capacité d’adaptation de l’économie canadienne par la réglementation de certaines pratiques qui découragent l’exercice des activités commerciales par voie électronique et modifiant la Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, la Loi sur la concurrence, la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques et la Loi sur les télécommunications*, chapitre 23 des *Lois du Canada* (2010), ou, si elle est postérieure, à la date de son enregistrement.

Article 6

(2) L’article 6 entre en vigueur à la date d’entrée en vigueur de l’article 8 de la loi visée au paragraphe (1).

2003 CarswellQue 14915
Court of Appeal of Quebec

Please see in particular paras.
22 and 120

Air Canada c. Canada (Commissaire de la concurrence)

2003 CarswellQue 14915, 2003 CarswellQue 25, [2003] R.J.Q. 322, [2003]
Q.J. No. 21, 119 A.C.W.S. (3d) 924, 222 D.L.R. (4th) 385, 23 C.P.R.
(4th) 129, 46 Admin. L.R. (3d) 283, J.E. 2003-219, REJB 2003-36762

Air Canada v. Attorney General of Canada; Commissioner of Competition, mis en cause*

Delisle J.C.A., **Rochon J.C.A.**, Rothman J.C.A.

Heard: October 1, 2002

Judgment: January 16, 2003

Docket: C.A. Montréal 500-09-011298-015

Proceedings: Reversed, 2001 CarswellQue 1755, (sub nom. Air Canada c. Canada (Procureure générale)) [2001] R.J.Q. 1851, REJB 2001-25365 (Que. S.C.); Leave to appeal allowed, 321 N.R. 190 (note), 26 C.P.R. (4th) vi, 2003 CarswellQue 3471, 2003 CarswellQue 3472 (S.C.C.)

Counsel: Michel Décary and Patrick Girard, for appellant
Yves Demontigny, Jacques Savary and Carole Johnson, for respondent and mis en cause

Subject: Public; Property; Constitutional; Corporate and Commercial

Headnote

Constitutional law

Trade and commerce

Per curiam:

[TRANSLATION]

1 THE COURT, ruling on the appellant's appeal of a judgment rendered on July 12, 2001 by Kevin Downs J. of the Superior Court, District of Montreal, dismissing the motion for declaratory judgment;

2 After review of the court record, hearing of the parties and deliberations;

3 Upon the grounds set forth by Rochon J.A., Rothman and Delisle J.J.A. concurring;

ALLOWS the appeal with costs;

QUASHES the trial judgment;

ALLOWS the motion for declaratory judgment with costs;

DECLARES [Section 104.1 of the Competition Act](#) inoperative on the ground that it is incompatible with [s. 2\(e\) of the Canadian Bill of Rights](#).

Rochon J.C.A., (Rothman and Delisle JJ.A. concurring):

(translation):

4 Air Canada dominates the Canadian domestic airlines market with a 90 per cent market share.¹ In order to mitigate the dominance of this quasi-monopoly, the Canadian Parliament enacted [s. 104.1 of the Competition Act \(the Act\)](#).²

5 This provision grants the Commissioner of Competition (the Commissioner) the power to issue temporary orders against Air Canada. For an initial 20-day time period,³ these orders remain in effect without the Commissioner being "obliged to give notice to or receive representations from any person". The Commissioner may prohibit Air Canada from "from doing an act or a thing that could, in the opinion of the Commissioner, constitute an anti-competitive act". In the same manner, the Commissioner may order Air Canada "to take the steps that the Commissioner considers necessary to prevent injury to competition or harm to another person".

6 Air Canada attempted unsuccessfully to convince a judge of the Superior Court that the provision was illegal, *inter alia*, on the grounds that it infringes [s. 2\(e\) of the Canadian Bill of Rights](#).⁴ [reported [2001] R.J.Q. 1851]. The airline has appealed the decision.

7 I am of the view that [s. 104.1](#) should be declared inoperative.

Factual and Procedural Context

8 In the summer of 2000, Air Canada purchased Canadian Airlines International Ltd. During the same time period, the Canadian Parliament enacted the aforementioned legislative provisions. [Section 104.1 of the Act](#) came into force on July 5, 2000.

9 During August 2000, the air carrier CanJet announced the commencement of its operations. It offered favourable prices for certain routes. During September 2000, Air Canada responded with a promotion offering competitive rates for the same routes (Tariffs L14EAST). CanJet and its directors filed a complaint with the Commissioner's Bureau against Air Canada.

10 On October 12, 2000, the Commissioner issued an order prohibiting Air Canada "from offering or selling, directly or indirectly, its L14EAST tariffs or similar prices for the routes listed below".

11 Air Canada responded with a two-tiered strategy. Firstly, on the day the Commissioner handed down his ruling, Air Canada filed a motion for declaratory judgment before the Superior Court. Then, several weeks later, it filed an appeal of the Commissioner's ruling before the Competition Tribunal (the Tribunal) pursuant to s-s. (7) of s. 104.1 of the Act. On December 7, 2000, the Tribunal dismissed the appeal, while striking the words "any similar fares" contained in the Commissioner's order, on the ground that the wording was too vague [reported [10 C.P.R. \(4th\) 195](#)].

12 The judgment of the Tribunal was in turn appealed before the Federal Court of Appeal. On March 22, 2002, the appeal was dismissed [reported [18 C.P.R. \(4th\) 31](#)]. Finally, Air Canada filed a motion for leave to appeal before the Supreme Court of Canada. Leave to appeal was recently refused.⁵

13 While defending the validity of its temporary order before the various courts, the Commissioner filed a motion for permanent injunction with the Tribunal on March 5, 2001.

The Law of June 29, 2000

14 This Act was adopted under special circumstances. The aviation industry operates under a set of very particular economic conditions. The parties agree that an air carrier enjoying a dominant position may, within a very short period of time, cause substantial prejudice to a competitor which may in fact prove irreparable. The report of the expert witness Tretheway on this point was formal and unchallenged:

2.3 Summary of My Opinion

2.3.1 It is my opinion that the airline industry differs fundamentally from other industries.

2.3.2 Airlines have no ability to inventory unsold production. Hence they cannot store unsold production for later sale. Industries which can inventory unsold production are often able to attract financing for their operating costs, possibly even during a period of predation.

2.3.3 A large portion of the costs of a new or small carrier are fixed and unavoidable in the short term. Very little of their costs vary with the level of traffic within the short term (the period in which they have fixed their schedule).

2.3.4 Airlines consumers are often willing to make commitments well in advance of travel by purchasing tickets which are non-refundable when offered at a low price. Hence a dominant carrier can quickly "lock-up" a significant portion of the revenue in a market and deny it to new or small carriers.

2.3.5 It is my opinion that these differences are such that irreparable harm can be done by a dominant air carrier to a new or small air carrier (the target air carrier) in a very short period of time.

2.3.6 The costs of operating a schedule of flights are largely fixed for a new or small carrier and thus cash outflows for expenses cannot be reduced as traffic falls during an episode of predation.

2.3.7 During a period of predation, a target air carrier cannot inventory its unsold services for later sale, thus its revenue loss is irremediable. Thus new and small airlines will see their cash balance drop quickly. Their depletion of working capital is measured in days or weeks, not in months or years.

2.3.8 Large air carriers also have practices which enable them to "lock-up" market revenues to the detriment of the target carrier. As the dominant carrier starts a "predation sale", it will win customers not only for immediate flights, but also for weeks into the future as consumers advance book tickets. Advanced bookings and non-refundability restrictions on the dominant carrier's tickets allow it, within a matter of days, to "lockup" the revenue from an important portion of the market for an extended period of time, denying the target carrier revenue it needs to cover the fixed costs of its operations.

2.3.9 Various types of customer loyalty also are to the advantage of the dominant carrier, enabling it to retain important market segments even if the target carrier responds to the predation initiative.

2.3.10 Given the speed with which predation can fully consume the clearing and settlement of a new or small air carrier, it is my opinion that the predatory behaviour provisions of the *Competition Act* prior to the amendments contained in Bill C-26 were insufficient to prevent irreparable harm to a new or small air carrier during the period of a *Section 79* enquiry.

2.3.11 I note that in this statement, my comments and opinions are general comments about the economics of the airline industry, and are not specific to any particular carrier.

15 The parties do not challenge any of the expert's findings. However, they fundamentally differ with respect to the validity of the provision (s. 104.1) which was enacted to ensure the effectiveness of *the Act* within the context of domestic aviation.

16 Air Canada submits three principal arguments in support of its position:

- Section 104.1 infringes the rules of natural justice *nemo judex in sua causa* and *audi alteram partem* (s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*).
- Section 104.1 contravenes the inherent power of the Superior Court pursuant to s. 96 and the Preamble of the *Constitution Act, 1867*.
- The power granted to the Commissioner can only be justified under extraordinary circumstances which necessitate the infringement of the rights of Air Canada.

17 The respondent replies that none of Air Canada's rights protected by the *Canadian Bill of Rights* have been infringed. The disputed provision is in complete conformity with the principles of fundamental justice as established by the common law and partially entrenched in constitutional and quasi-constitutional instruments. In the respondent's opinion, s. 104.1 of the Act is the expression of a political choice which favours a balance between economic interests and free trade within the context of regulation of air transport. Finally, the section allegedly does not contravene s. 96 of the *Constitution Act, 1867* since its intent is to ensure the proper management of the economy. In the event that the power granted to the Commissioner is deemed to be judicial, the respondent submits that it is an accessory power enacted to achieve the broader purpose of the Act defined at s. 1.1.

18 In order to examine the validity of these various positions, I will initially review the object and the structure of the Act as a whole. Subsequently, I will review each of the disputed provisions before the Court.

The Act

19 The purpose of the Act is set out at s. 1.1:

1.1 The purpose of this Act is to maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy, in order to expand opportunities for Canadian participation in world markets while at the same time recognizing the role of foreign competition in Canada, in order to ensure that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy and in order to provide consumers with competitive prices and product choices.

20 In order to achieve this objective, Parliament set up a structure and assigned the Commissioner a powerful role. As the head of the Competition Bureau, the Commissioner is primarily responsible for conducting inquiries pursuant to the Act. In fact, prior to the legislative amendments of 1999, the Act designated the Commissioner as the Director of Investigation and Research.

21 The Commission may conduct inquiries further to complaints, upon his own initiative, or where the Minister so orders (ss. 9-10).

22 The Act vests certain powers in the Commissioner. Thus, the Commissioner may, with the authorization of a superior court, order a person to appear for an examination or to file documents (s. 11). He may also apply for search warrants from the superior court (s. 15). In cases of emergency and subject to certain conditions, searches without warrants are authorized (s-ss. 15(1), (7), (8)). The Act also includes special provisions concerning search and seizure in relation to computer systems (s. 16).

23 At any time, the Commissioner may discontinue an inquiry if his review of the matter discloses that no further inquiry is justified (s. 22). Where applicable, the inquiry may give rise to criminal proceedings which are referred to the Attorney General of Canada (s. 23) or civil proceedings commenced by the Commissioner before the Federal Court or the Superior Court of a province in certain cases (s. 74.1) or before the Tribunal with respect to restrictive trade practices (ss. 75-103).

24 For example, the Commissioner may file motions with the Federal Court or the Superior Court of a province seeking penalties against any person who engages in fraudulent commercial practices: misrepresentations to the public (s. 74.01), bargain prices (s. 74.04), sales above advertised prices (s. 74.05), promotional contests (s. 74.06).

25 Thus, the Commissioner may seek an appropriate order from the Tribunal where certain conduct amounts to a refusal to deal (s. 75), consignment selling (s. 76), exclusive dealing, market restriction, tied selling (s. 77), *abuse of dominant position* (ss. 78-79),⁶ delivered pricing (ss. 80-81), refusal to supply by foreign supplier (s. 84), specialization agreements (ss. 85-90) or mergers (ss. 91-100). In each of the aforementioned cases, the Commissioner acts as an applicant party seeking appropriate court orders. Upon motion by the Commissioner, the Court may also hand down interim orders in compliance with "the principles ordinarily considered by superior courts when granting interlocutory or injunctive relief" (s. 104).

26 Since *June 21, 2002*,⁷ the Tribunal may issue *ex parte* interim orders for a duration of 10 days, subject to the conditions and upon grounds similar to those set forth at s. 104.1.

The Challenged Provision

27 My summary review of the Act highlights the central role of the Commissioner, who can act as both investigator and prosecutor, seeking appropriate court sanctions for fraudulent commercial practice and restrictive trade practices.⁸

28 Within this context, s. 104.1 has created an unusual role for the Commissioner:⁹

104.1(1) The Commissioner may make a temporary order prohibiting a person operating a domestic service, as defined in [subsection 55\(1\) of the *Canada Transportation Act*](#), from doing an act or a thing that could, in the opinion of the Commissioner, constitute an anti-competitive act or requiring the person to take the steps that the Commissioner considers necessary to prevent injury to competition or harm to another person if

(a) the Commissioner has commenced an inquiry under [subsection 10\(1\)](#) in regard to whether the person has engaged in conduct that is reviewable under [section 79](#); and

(b) the Commissioner considers that in the absence of a temporary order

(i) injury to competition that cannot adequately be remedied by the Tribunal is likely to occur, or

(ii) a person is likely to be eliminated as a competitor, suffer a significant loss of market share, suffer a significant loss of revenue or suffer other harm that cannot be adequately remedied by the Tribunal.

(2) The Commissioner is not obliged to give notice to or receive representations from any person before making a temporary order.

(3) On making a temporary order, the Commissioner shall promptly give written notice of the order, together with the grounds for it, to every person against whom it was made or who is directly affected by it.

(4) Subject to subsections (5) and (6), a temporary order has effect for 20 days.

(5) The Commissioner may extend the 20-day period for one or two periods of 30 days each or may revoke a temporary order. The Commissioner shall promptly give written notice of the extension or revocation to every person to whom notice was given under subsection (3).

(6) If an application is made under subsection (7), the temporary order has effect until the Tribunal makes an order under that subsection.

(7) A person against whom the Commissioner has made a temporary order may, within the period referred to in subsection (4), apply to the Tribunal to have the temporary order varied or set aside and the Tribunal shall

(a) if it is satisfied that one or more of the conditions set out in paragraph (1)(b) existed or are likely to exist, make an order confirming the temporary order, with or without variation as the Tribunal considers necessary and sufficient to meet the circumstances,

and fixing the effective period of its order for a maximum of 60 days after the day on which it is made; and

(b) if it is not satisfied that one or more of the conditions set out in paragraph (1)(b) existed or are likely to exist, make an order setting aside the temporary order.

(8) The applicant shall give written notice of the application to every person to whom notice was given under subsection (3).

(9) In the event of an application under subsection (7), the Commissioner is the respondent.

(10) At the hearing of an application under subsection (7), the Tribunal shall provide the applicant, the Commissioner and any person directly affected by the temporary order with a full opportunity to present evidence and make representations before the Tribunal makes an order under that subsection.

(11) Except as provided for by subsection (7),

(a) a temporary order made by the Commissioner shall not be questioned or reviewed in any court; and

(b) no order shall be made, process entered or proceedings taken in any court, whether by way of injunction, certiorari, mandamus, prohibition, quo warranto, declaratory judgment or otherwise, to question, review, prohibit or restrain the Commissioner in the exercise of the jurisdiction granted by this section.

(12) The making of a temporary order does not in any way limit, restrict or qualify the powers, duties or responsibilities of the Commissioner under this Act, including the Commissioner's power to conduct inquiries and to make applications to the Tribunal in regard to conduct that is the subject of the temporary order.

(13) The Commissioner shall file each temporary order with the Registry of the Tribunal. Once registered, the order is enforceable in the same manner as an order of the Tribunal.

(14) When a temporary order is in effect, the Commissioner shall proceed as expeditiously as possible to complete the investigation arising out of the conduct in respect of which the temporary order was made.

(15) No action lies against Her Majesty in right of Canada, the Minister, the Commissioner, any Deputy Commissioner, any person employed in the public service of Canada or any person acting under the direction of the Commissioner for anything done or omitted to be done in good faith under this section.

29 [Section 79](#), to which s. 104.1 refers, reads as follows:

79(1) Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that

- (a) one or more persons substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business,
- (b) that person or those persons have engaged in or are engaging in a practice of anti-competitive acts, and
- (c) the practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market,

the Tribunal may make an order prohibiting all or any of those persons from engaging in that practice.

(2) Where, on an application under subsection (1), the Tribunal finds that a practice of anti-competitive acts has had or is having the effect of preventing or lessening competition substantially in a market and that an order under subsection (1) is not likely to restore competition in that market, the Tribunal may, in addition to or in lieu of making an order under subsection (1), make an order directing any or all the persons against whom an order is sought to take such actions, including the divestiture of assets or shares, as are reasonable and as are necessary to overcome the effects of the practice in that market.

(3) In making an order under subsection (2), the Tribunal shall make the order in such terms as will in its opinion interfere with the rights of any person to whom the order is directed or any other person affected by it only to the extent necessary to achieve the purpose of the order.

(4) In determining, for the purposes of subsection (1), whether a practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market, the Tribunal shall consider whether the practice is a result of superior competitive performance.

(5) For the purpose of this section, an act engaged in pursuant only to the exercise of any right or enjoyment of any interest derived under the *Copyright Act*, *Industrial Design Act*, *Integrated Circuit Topography Act*, *Patent Act*, *Trade-marks Act* or any other Act of Parliament pertaining to intellectual or industrial property is not an anti-competitive act.

(6) No application may be made under this section in respect of a practice of anti-competitive acts more than three years after the practice has ceased.

(7) No application may be made under this section against a person

- (a) against whom proceedings have been commenced under section 45, or
- (b) against whom an order is sought under section 92

on the basis of the same or substantially the same facts as would be alleged in the proceedings under section 45 or 92, as the case may be.

30 The power of the Commissioner to make temporary orders can only be exercised with respect to a person operating a domestic service as defined by s. 55(1) of the *Canada Transportation Act*:¹⁰

"domestic service" means *an air service between points in Canada*, from and to the same point in Canada or between Canada and a point outside Canada that is not in the territory of another country;

[Emphasis added.]

31 Paragraphs 78(1)(j) and (2)(a) of the Act provide that the Governor in Council may define anti-competitive practices by regulation with respect to operators of "a domestic service".

32 The Governor in Council adopted the *Regulations respecting Anti-Competitive Acts of Persons Operating a Domestic Service*¹¹ pursuant to the foregoing provision. Section 1 of these regulations reads as follows:

1. For the purposes of paragraph 78(1)(j) of the *Competition Act*, the following acts or conduct of a person operating a domestic service, as defined in subsection 55(1) of the *Canada Transportation Act*, are anti-competitive acts:

- (a) operating capacity on a route or routes at fares that do not cover the avoidable cost of providing the service;
- (b) increasing capacity on a route or routes at fares that do not cover the avoidable cost of providing the service;
- (c) using a low-cost second-brand carrier in a manner that is described in paragraph (a) or (b);
- (d) pre-empting airport facilities or services that are required by another air carrier for the operation of its business, with the object of withholding the airport facilities or services from a market;
- (e) to the extent not governed by regulations respecting take-off and landing slots made under any other Act, pre-empting take-off or landing slots that are required by another air carrier for the operation of its business, with the object of withholding the take-off or landing slots from a market;

(f) using commissions, incentives or other inducements to sell or purchase its flights for the purpose of disciplining or eliminating a competitor or impeding or preventing a competitor's entry into, or expansion in, a market;

(g) using a loyalty marketing program for the purpose of disciplining or eliminating a competitor or impeding or preventing a competitor's entry into, or expansion in, a market; and

(h) altering its schedules, networks, or infrastructure for the purpose of disciplining or eliminating a competitor or impeding or preventing a competitor's entry into, or expansion in, a market.

33 The order of the Commissioner is only possible provided: (1) the Commissioner has commenced an inquiry further to [s. 10\(1\) of the Act](#); (2) the inquiry has been commenced for the purpose of determining whether a person has engaged in an anti-competitive practice while in a dominant position; (3) the Commissioner is of the view that in the absence of an order, competition will be detrimentally affected to such a degree that the Tribunal cannot adequately remedy, or a competitor will be entirely eliminated, or a person will suffer a significant loss of market share or suffer other harm so as to incur irreparable damages which the Tribunal cannot compensate.

34 The Commissioner's order is issued without any notice or hearing, as provided by s-s. (2) of s. 104.1:

104.1(2) The Commissioner is not obliged to give notice to or receive representations from any person before making a temporary order.

35 The order remains in force for 20 days and may be renewed twice for an additional 30-day period upon each renewal date. The order therefore can remain in force for up to an 80-day period.

36 The air carrier may appeal the decision of the Commissioner before the Tribunal. In such event, the order will remain in force up until the date of the decision to be rendered by the Tribunal.

37 The potential scope of the Commissioner's order is vast. The Commissioner may prohibit an activity or, on the contrary, specifically order performance of measures that the Commissioner deems necessary to prevent harm to a competitive environment or to avoid causing prejudice to third parties.

38 As I stated earlier, since June 21, 2002, [the Act \(s. 103.3\)](#) grants the Competition Tribunal a power similar to that of the Commissioner (temporary order *ex parte*) with two distinctions: (1) the Tribunal can act so as to prevent ongoing conduct which may be subject to an order pursuant to [ss. 75-77](#), [79](#), [81](#) or [84](#), which includes air transport, without however being restricted thereto;

(2) the *ex parte* order cannot exceed 10 days. For comparative purposes, I will quote ss. 104.1 (Commissioner's order) and 103.3 (order of the Tribunal):

104.1

(1) The Commissioner may make a temporary order prohibiting a person operating a domestic service, as defined in subsection 55(1) of the *Canada Transportation Act*, from doing an act or a thing that could, in the opinion of the Commissioner, constitute an anti-competitive act or requiring the person to take the steps that the Commissioner considers necessary to prevent injury to competition or harm to another person if

(a) the Commissioner has commenced an inquiry under subsection 10(1) in regard to whether the person has engaged in conduct that is reviewable under section 79; and
(b) the Commissioner considers that in the absence of a temporary order

(i) injury to competition that cannot adequately be remedied by the Tribunal is likely to occur, or
(ii) a person is likely to be eliminated as a competitor, suffer a significant loss of market share, suffer a significant loss of revenue or suffer other harm that cannot be adequately remedied by the Tribunal.

(2) The Commissioner is not obliged to give notice to or receive representations from any person before making a temporary order.

(3) On making a temporary order, the Commissioner shall promptly give written notice of the order, together with the grounds for it, to every person against whom it was made or who is directly affected by it.

(4) Subject to subsections (5) and (6), a temporary order has effect for 20 days.

(5) The Commissioner may extend the 20-day period for one or two periods of 30 days each or may revoke a temporary order. The Commissioner shall promptly give written

103.3

(1) Subject to subsection (2), the Tribunal may, on *ex parte* application by the Commissioner in which the Commissioner certifies that an inquiry is being made under paragraph 10(1)(b), issue an interim order

(a) to prevent the continuation of conduct that could be the subject of an order under any of sections 75 to 77, 79, 71 or 84; or
(b) to prevent the taking of measures under section 82 or 83.

(2) The Tribunal may make the interim order if it finds that the conduct or measures could be of the type described in paragraph (1)(a) or (b) and that, in the absence of an interim order,
(a) injury to competition that cannot adequately be remedied by the Tribunal is likely to occur;
(b) a person is likely to be eliminated as a competitor; or

(c) a person is likely to suffer a significant loss of market share, a significant loss of revenue or other harm that cannot be adequately remedied by the Tribunal.

(3) Before making an application for an order to prevent the continuation of conduct that could be the subject of an order under any of sections 75 to 77, 79, 81 or 84 by an entity incorporated under the *Bank Act*, the *Insurance Companies Act*, the *Trust and Loan Companies Act* or the *Cooperative Credit Associations Act* or a subsidiary of such an entity, the Commissioner must consult with the Minister of Finance respecting the safety and soundness of the entity.

(4) Subject to subsections (5) and (6), an interim order has effect for 10 days, beginning on the day on which it is made.

(5) The Tribunal may, on application by the Commissioner on 48 hours' notice to each person against whom the interim order is directed,

notice of the extension or revocation to every person to whom notice was given under subsection (3).

(6) If an application is made under subsection (7), the temporary order has effect until the Tribunal makes an order under that subsection.

(7) A person against whom the Commissioner has made a temporary order may, within the period referred to in subsection (4), apply to the Tribunal to have the temporary order varied or set aside and the Tribunal shall

(a) if it is satisfied that one or more of the conditions set out in paragraph (1)(b) existed or are likely to exist, make an order confirming the temporary order, with or without variation as the Tribunal considers necessary and sufficient to meet the circumstances, and fixing the effective period of its order for a maximum of 60 days after the day on which it is made; and

(b) if it is not satisfied that one or more of the conditions set out in paragraph (1)(b) existed or are likely to exist, make an order setting aside the temporary order.

(8) The applicant shall give written notice of the application to every person to whom notice was given under subsection (3).

(9) In the event of an application under subsection (7), the Commissioner is the respondent.

(10) At the hearing of an application under subsection (7), the Tribunal shall provide the applicant, the Commissioner and any person directly affected by the temporary order with a full opportunity to present evidence and make representations before the Tribunal makes an order under that subsection.

(11) Except as provided for by subsection (7),

(a) extend the interim order once or twice for additional periods of 35 days each; or
(b) rescind the order.

(5.1) The Commissioner may, before the expiry of the second 35-day period referred to in subsection (5) or of the period fixed by the Tribunal under subsection (7), as the case may be, apply to the Tribunal for a further extension of the interim order.

(5.2) The Commissioner shall give at least 48 hours' notice of an application referred to in subsection (5.1) to the person against whom the interim order is made.

(5.3) The Tribunal may order that the effective period of the interim order be extended if

(a) the Commissioner establishes that information requested for the purpose of the inquiry has not yet been provided or that more time is needed in order to review the information;

(b) the information was requested during the initial period that the interim order had effect, within the first 35 days after an order extending the interim order under subsection (5) had effect, or within the first 35 days after an order extending the interim order made under subsection (7) had effect, as the case may be, and

(i) the provision of such information is the subject of a written undertaking, or

(ii) the information was ordered to be provided under section 11; and

(c) the information is reasonably required to determine whether grounds exist for the Commissioner to make an application under

(a) a temporary order made by the Commissioner shall not be questioned or reviewed in any court; and

(b) no order shall be made, process entered or proceedings taken in any court, whether by way of injunction, certiorari, mandamus, prohibition, quo warranto, declaratory judgment or otherwise, to question, review, prohibit or restrain the Commissioner in the exercise of the jurisdiction granted by this section.

(12) The making of a temporary order does not in any way limit, restrict or qualify the powers, duties or responsibilities of the Commissioner under this Act, including the Commissioner's power to conduct inquiries and to make applications to the Tribunal in regard to conduct that is the subject of the temporary order.

(13) The Commissioner shall file each temporary order with the Registry of the Tribunal. Once registered, the order is enforceable in the same manner as an order of the Tribunal.

(14) When a temporary order is in effect, the Commissioner shall proceed as expeditiously as possible to complete the investigation arising out of the conduct in respect of which the temporary order was made.

(15) No action lies against Her Majesty in right of Canada, the Minister, the Commissioner, any Deputy Commissioner, any person employed in the public service of Canada or any person acting under the direction of the Commissioner for anything done or omitted to be done in good faith under this section.

any section referred to in paragraph (1)(a) or (b).

(5.4) An order extending an interim order issued under subsection (5.3) shall have effect for such period as the Tribunal considers necessary to give the Commissioner a reasonable opportunity to receive and review the information referred to in that subsection.

(5.5) If an application is made under subsection (5.1), the interim order has effect until the Tribunal makes a decision whether to grant an extension under subsection (5.3).

(6) If an application is made under subsection (7), an interim order has effect until the Tribunal makes an order under that subsection.

(7) A person against whom the Tribunal has made an interim order may apply to the Tribunal in the first 10 days during which the order has effect to have it varied or set aside and the Tribunal shall

(a) if it is satisfied that one or more of the situations set out in paragraphs (2)(a) to (c) existed or are likely to exist, make an order confirming the interim order, with or without variation as the Tribunal considers necessary and sufficient to meet the circumstances, and fix the effective period of that order for a maximum of 70 days, beginning on the day on which the order confirming the interim order is made; and

(b) if it is not satisfied that any of the situations set out in paragraphs (2)(a) to (c) existed or is likely to exist, make an order setting aside the interim order.

(8) A person who makes an application under subsection (7) shall give the Commissioner 48 hours' written notice of the application.

(9) At the hearing of an application under subsection (7), the Tribunal shall provide the applicant, the Commissioner and any person

directly affected by the interim order with a full opportunity to present evidence and make representations before the Tribunal makes an order under that subsection.

(10) Notwithstanding section 13 of the *Competition Tribunal Act*, an interim order shall not be appealed or reviewed in any court except as provided for by subsection (7).

(11) When an interim order is in effect, the Commissioner shall proceed as expeditiously as possible to complete the inquiry arising out of the conduct in respect of which the order was made.

The Canadian Bill of Rights

39 Section 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* provides as follows:

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe, or to authorize the abrogation, abridgement or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

.....

(e) *deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations.* [My emphasis.]

40 From the outset, the Attorney General of Canada (respondent) argues that Air Canada cannot rely on the *Canadian Bill of Rights*. The Attorney General argues that this law is outdated, and that generally the courts refuse to use it to strike down laws subsequently enacted. The respondent adds that it is impossible to determine what right of Air Canada has been infringed and it is far from uniform or accepted law that s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* protects rights of a purely economic nature.

41 I do not share this restrictive approach argued by the respondent, which for all intents and purposes would have the effect of sterilizing the *Canadian Bill of Rights*. Any such approach relies on a school of thought which prevailed during the heyday of the principle of parliamentary sovereignty. It is directly contrary, however, to the law consistently applied by the Supreme Court of Canada since *R. v. Drybones*.¹²

42 From a formal standpoint, the *Canadian Bill of Rights* is an ordinary statute. Its purpose is nevertheless special. The Supreme Court of Canada characterized it as a "quasi-constitutional instrument".

The *Canadian Bill of Rights* is a half-way house between a purely common law regime and a constitutional one; it may aptly be described as a quasiconstitutional instrument.¹³

43 Since *Drybones*, and even more so since the adoption of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in 1982, the courts have not hesitated to invoke the *Canadian Bill of Rights* to declare inoperative any contrary legislative provisions enacted by the Canadian Parliament.¹⁴ More recently,¹⁵ our courts of appeal have declared legislative provisions inoperative which infringe any provision of the *Canadian Bill of Rights*.

44 It is true that the *Canadian Bill of Rights* does not expressly grant the power to declare contrary laws invalid. However, in *Drybones*, the majority opinion stated as follows:

It seems to me that a more realistic meaning must be given to the words in question and they afford, in my view, the clearest indication that s. 2 is intended to mean and does mean that if a law of Canada cannot be "sensibly construed and applied" so that it does not abrogate, abridge or infringe one of the rights and freedoms recognized and declared by the Bill, then such law is *inoperative* "unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*".

I think a declaration by the courts that a section or portion of a section of a statute is inoperative is to be distinguished from the repeal of such a section and is to be confined to the particular circumstances of the case in which the declaration is made. The situation appears to me to be somewhat analogous to a case where valid provincial legislation in an otherwise unoccupied field ceases to be operative by reason of conflicting federal legislation.¹⁶

[My emphasis.]

45 One can no longer argue that the *Canadian Bill of Rights* has lost all its relevance since the adoption of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Canadian Charter).¹⁷ This is absolutely not the case.

46 Firstly, the *Canadian Charter* does not claim to have exclusive application. On the contrary, its s. 26 states as follows:

26. The guarantee in this *Charter* of certain rights and freedoms shall not be construed as denying the existence of any other rights or freedoms that exist in Canada.

47 Furthermore, the *Canadian Bill of Rights* protects two rights which are not protected by the *Canadian Charter*: (1) the right to enjoyment of one's property (s. 1(a)); and the right to a fair hearing where one's rights and obligations are being determined during a civil or administrative

hearing (s. 2(e)). Professor Hogg correctly sets forth the complementary role of the *Canadian Bill of Rights* in this regard:

A civil proceeding before a court or administrative tribunal is not subject to the requirement of a "fair hearing" or of the application of "fundamental justice". This is a gap in the *Charter*, and is therefore an area where the continued existence of the Bill is important: an adjudication authorized by federal law of a person's rights and obligations will continue to be subject to the requirement of "a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice".¹⁸

48 The ambit of protection afforded by s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* is much broader than the rights specifically listed at s. 1. In this regard, Beetz J. stated:

Be that as it may, it seems clear to me that the ambit of s. 2(e) is broader than the list of rights enumerated in s. 1 which are designated as "human rights and fundamental freedoms" whereas in s. 2(e), what is protected by the right to a fair hearing is the determination of one's "rights and obligations", whatever they are and whenever the determination process is one which comes under the legislative authority of the Parliament of Canada. It is true that the first part of s. 2 refers to "the rights or freedoms herein recognized and declared", but s. 2(e) does protect a right which is fundamental, namely "the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice" for the determination of one's rights and obligations, fundamental or not. It is my view that, as was submitted by Mr. Coveney, it is possible to apply s. 2(e) without making reference to s. 1 and that the right guaranteed by s. 2(e) is in no way qualified by the "due process" concept mentioned in s. 1(a).¹⁹

49 To be entitled to the protection of s. 2(e), a party is not required to allege infringement of a fundamental right. Once it is established that the complainant's rights or obligations are affected in the broadest sense, he or she is entitled to a fair hearing of his or her case.

50 To summarize, as a preliminary finding, I rule that in the event that s. 104.1 deprives Air Canada of a right guaranteed by the *Canadian Bill of Rights*, it should be declared inoperative unless the infringement can be justified.

Principles of Fundamental Justice

51 In order to determine whether Parliament, by adopting s. 104.1, complied with the *Canadian Bill of Rights*, it is necessary to determine whether the norms contained in this provision comply with those contained in s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*.

52 Prior to conducting this analysis, several preliminary observations should be made.

53 In *Pearlman*, Iacobucci J. defined the notion of fundamental justice:

As has been often said by this Court, the principles of fundamental justice reflect the fundamental tenets on which our legal system is based. Those tenets include, but are not limited to, the rules of natural justice and the duty to act fairly that have been developed over the years in the administrative law context.²⁰

54 Air Canada submits that [s. 104.1 of the Act](#) infringes the rules of natural justice (*nemo judex in sua causa* and *audi alteram partem*) since the provision authorizes the Commissioner to issue temporary orders *ex officio* without any requirement to seek the prior consent of an independent court, nor allowing persons affected by the order to make any representations whatsoever.

55 The respondent replies that rules of natural justice are based on the common law. Consequently, Parliament is perfectly entitled to amend them and if necessary to set them aside.

56 It is true that Parliament may expressly amend the principles of procedural fairness. But, any such amendments must comply with [the Constitution](#) and quasi-constitutional instruments. Thus, to the extent that Parliament amends these principles and that [the Act](#) is not attacked constitutionally, Parliament remains sovereign within its field.²¹

57 Air Canada attacked the validity of [the Act](#) as infringing a quasi-constitutional document. Thus, Air Canada does not claim that the legislator can amend or set aside principles of procedural fairness, but it argues that it must do so in compliance with the [Canadian Bill of Rights](#). In [Ocean Port Hotel](#), the Supreme Court of Canada wrote:

[28] Part of the problem in this case may be attributable to the Board's apparent concession before the Court of Appeal (at para. 9) that "the court must be guided in its consideration of this appeal by the discussion of the applicable principles" in *Régie*. The Court of Appeal, on this basis, appears to have treated the standards of independence articulated in *Régie* as binding. This overlooks the fact that the requirements of independence in *Régie* emanated from the [Quebec Charter of Human Rights and Freedoms](#), a quasi-constitutional statute. [Section 23 of the Quebec Charter](#) entrenches the right to a "full and equal, public and fair hearing by an *independent and impartial* tribunal" (emphasis added). No equivalent guarantee of independence constrains the legislature of British Columbia. The Court of Appeal consequently erred in treating the standard articulated in *Régie* — rather than the will of the legislature — as determinative of the degree of independence required of Board members.²²

[Underlined emphasis added.]

58 As we are dealing with a constitutional issue, it is not sufficient to merely refer to the intent of Parliament concerning procedural fairness. It is necessary to determine whether the legislative provisions at issue comply with [s. 2\(e\) of the Canadian Bill of Rights](#), since in the present matter

Parliament chose not to use the "notwithstanding clause" provided for at s. 2 to exclude this quasiconstitutional provision.

The Content of Rules of Natural Justice

59 To determine the content of rules of natural justice within a given context, we have to examine not only the qualification of the process which surrounds the ruling by the relevant body, but also and particularly "all the circumstances in which it operates":

[22] That being the case, it is now necessary to identify the tests for distinguishing functions that are quasi-judicial from those that are not. The debate surrounding this distinction was for a long time of great importance in administrative law and resulted in numerous judicial decisions. Thus, the superior courts, owing *inter alia* to enactments requiring them to do so, relied on the distinction in order to determine what acts were subject to judicial review. The scope of the rules of natural justice then depended to a large extent on the characterization of the process by which the agency in question made its decision. However, this Court gradually abandoned that rigid classification by establishing that the content of the rules a tribunal must follow depends on all the circumstances in which it operates, and not on a characterization of its functions (see, *inter alia*, *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602). As Sopinka J. noted in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, at pp. 895-96:

Both the rules of natural justice and the duty of fairness are variable standards. Their content will depend on the circumstances of the case, the statutory provisions and the nature of the matter to be decided. The distinction between them therefore becomes blurred as one approaches the lower end of the scale of judicial or quasi-judicial tribunals and the high end of the scale with respect to administrative or executive tribunals. Accordingly, the content of the rules to be followed by a tribunal is now not determined by attempting to classify them as judicial, quasi-judicial, administrative or executive. Instead, the court decides the content of these rules by reference to all the circumstances under which the tribunal operates.²³

60 More recently, in *Therrien*,²⁴ the Supreme Court of Canada referred once again to the concept of global analysis. Gonthier J. proposed the following analysis:

[81] Since *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, compliance with the rules of natural justice, which was required of the courts, has been extended to all administrative bodies acting under statutory authority, where they are expressed as the rules of procedural fairness ("duty to act fairly"). The fact that

a decision is administrative and affects "the rights, privileges or interests of an individual" is sufficient to trigger the application of the duty of fairness: *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at p. 653, and *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 20. The Conseil de la magistrature and its committee of inquiry are not exceptions and are therefore subject to this principle. In *Ruffo*, *supra*, following a review of the various judicial ethics arrangements in Canada, I found accordingly, at para. 77:

In short, each system has its own rules, but they are all based on the same guiding principle: ensuring compliance with judicial ethics through proceedings that comply fully with the duty to act fairly.

[82] Essentially, the duty to act fairly has two components: the right to be heard (the *audi alteram partem* rule) and the right to an impartial hearing (the *nemo judex in sua causa* rule). The nature and extent of the duty may vary with the specific context and the various fact situations dealt with by the administrative body, as well as the nature of the disputes it must resolve: *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, at pp. 895-96, cited with approval in 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919, at para. 22, and *Ruffo*, *supra*, at para. 88. Thus, in *Baker*, *supra*, at paras. 23-28, L'Heureux-Dubé J. specifically pointed out that several factors have been recognized in the jurisprudence as relevant to determining what is required by the duty of procedural fairness in a given set of circumstances. While she did not provide a comprehensive list of such factors, she referred to: (1) the nature of the decision being made and the process followed in making it; (2) the nature of the statutory scheme and the terms of the statute pursuant to which the body operates; (3) the importance of the decision to the individual or individuals affected; (4) the legitimate expectations of the person challenging the decision; and (5) respect for the choices of procedure made by the agency itself, particularly when the statute leaves to the decision-maker the ability to choose its own procedures. It is from this perspective that I will now consider the allegations of breach of the rules of procedural fairness made by the appellant in the instant case.²⁵

61 The listing of factors in *Baker*²⁶ refers to and includes those set forth in *Minister of National Revenue v. Coopers & Lybrand*.²⁷ These last criteria, which were discussed in another legal context, nevertheless retained their relevance as one of the elements of the global analysis. Review of these criteria is particularly appropriate when a party is raising a breach of the right to be judged by an independent court (*nemo judex in sua causa*). I would refer to the criteria set forth by Dickson J. [at p. 504]:

It is possible, I think, to formulate several criteria for determining whether a decision or order is one required by law to be made on a judicial or quasijudicial basis. The list is not intended to be exhaustive.

- (1) Is there anything in the language in which the function is conferred or in the general context in which it is exercised which suggests that a hearing is contemplated before a decision is reached?
- (2) Does the decision or order directly or indirectly affect the rights and obligations of persons?
- (3) Is the adversary process involved?
- (4) Is there an obligation to apply substantive rules to many individual cases rather than, for example, the obligation to implement social and economic policy in a broad sense?

These are all factors to be weighed and evaluated, no one of which is necessarily determinative ...

In more general terms, one must have regard to the subject matter of the power, the nature of the issue to be decided, and the importance of the determination upon those directly or indirectly affected thereby ... The more important the issue and the more serious the sanctions, the stronger the claim that the power be subject in its exercise to judicial or quasi-judicial process.

62 The global analysis of the normative content of natural rules of justice in a given case can also be based on the principle of continuum. Professor Mullan writes as follows:

Why not deal with problems of fairness and natural justice simply on the basis that, the nearer one is to the type of function that requiring straight law/fact determinations and resulting in serious consequences to individuals, the greater is the legitimacy of the demand for procedural protection, but as one moves through the spectrum of decision-making functions to the broad, policyoriented decisions exercised typically by a minister of the crown, the content of procedural fairness gradually disappears into nothingness, the emphasis being on a gradual disappearance not one punctuated by the unrealistic impression of clear cut divisions presented by the classification process.²⁸

63 As stated by Gonthier J. in *Régie des permis d'alcool*, what is important is not the "characterization of the agency as a whole"²⁹ but the precise function which is subject to review. Thus, the function of the Commissioner applying the Act is not conclusive in the qualification of the nature of his function when issuing orders.

64 Using this global approach and the elements comprising it, I will now proceed with the review of the normative content of the rules of natural justice which apply to the present matter.

The Nature of the Decision Under Appeal

65 The ruling of the Commissioner pursuant to s. 104.1 has all the hallmarks of the interlocutory injunction of civil proceedings. It orders a party to perform or refrain from engaging in specific actions. It is rendered on the basis of criteria which are applicable to interlocutory injunctions: irreparable harm or creation of a state of fact or law of a nature to render the final judgment ineffective.

66 Once issued, the order is filed with the Registry of the Court (s. 104.1(13)). It then is "enforceable in the same manner as an order of the Tribunal". Any person not complying with the order, if declared guilty further to an indictment, is liable to pay a fine "in the discretion of the court" or serve a prison sentence not to exceed five years, or upon summary conviction, to pay a fine in the amount of \$25,000 or serve a prison sentence not to exceed one year (s. 66).

Procedural Aspects

67 [The Act](#) does not provide for any hearing. On the contrary, s. 104.1(2) expressly excludes this: "The Commissioner is not obliged to give notice to or receive representations from any person before making a temporary order". I would reiterate that the total exclusion of any form of a hearing constitutes one of the grounds upon which Air Canada has based its appeal.

68 Formally, this is not an adversarial proceeding, given the structure of s. 104.1. In fact, the relevant provision expressly excludes representations by parties affected.

69 However, the temporary order has an impact on several persons: the party targeted by the order, its competitors and third parties. In this sense, the temporary order opposes several interests: freedom of trade and industry of a person and the management of competition for the benefit of third parties and competitors. Therefore, although strictly speaking there is no *lis inter partes*, we are definitely faced with a situation involving parties with opposing interests.

70 Furthermore, s. 104.1(10) is significant in this regard. It provides that the Tribunal, in the event there is an application for a review of the decision of the Commissioner, will allow applicants, the Commissioner and persons directly affected, the opportunity to present evidence and make representations with respect to the challenged order. In my view, that demonstrates the fact that the temporary order presupposes the collision of opposing interests.

Substantive Rules

71 Prior to issuing his order, the Commissioner has to come to the conclusion that he is faced with a situation provided for at s. 79: abuse by a person in a dominant position by engaging in anti-competitive acts likely to prevent or substantially decrease competition. This is the precondition required by s. 104.1(1)(a).

72 The Governor in Council has adopted regulations which define anti-competitive practice in the domestic air carrier market.

73 Once the Commissioner reaches this preliminary finding, he proceeds to apply substantive rules to individual cases, as is the case with judicial tribunals. Contrary to his practice when carrying out other duties as Commissioner, when issuing a temporary order, he is not applying a "social and economic policy in the broad sense".

Nature of Rights and Justification of Infringement of Rights

74 The wording of s. 104.1(1) authorizes a broad range of remedies. I will once again cite from the provision:

104.1(1) The Commissioner may make a temporary order prohibiting a person operating a domestic service, as defined in [subsection 55\(1\) of the *Canada Transportation Act*](#), from doing an act or a thing that could, in the opinion of the Commissioner, constitute an anti-competitive act or requiring the person to take the steps that the Commissioner considers necessary to prevent injury to competition or harm to another person if ...

75 By his order, the Commissioner is interfering with the commercial business of a corporate entity. He may order different measures which he deems useful under the circumstances. His order, which may remain in force for a maximum duration of 80 days,³⁰ is by its nature apt to cause irreparable harm to the relevant party. This is particularly true in the field of air transport, as demonstrated by the expert Tretheway. Although not necessarily fatal to Air Canada, the orders of the Commissioner will certainly have an impact on its operations.

76 I will not discuss further the severe consequences which noncompliance with the order would entail.

77 Under these circumstances, it is reasonable to conclude that the person who is subject to this type of order has the right to be heard prior to an order of such a long duration being issued.

The Temporary Nature of the Order

78 Based on a ruling of the Supreme Court of Canada in 1966 in *Randolph*,³¹ the respondent submits that the rules of natural justice do not apply in the present matter, because the order of the Commissioner is temporary and does not make a final determination of the rights of Air Canada. With all due respect, this argument of the respondent has to be nuanced. It is exact to state that procedural guarantees only apply to final decisions. However, the Supreme Court of Canada defined this type of decision as being one which has *an immediate and direct effect on a party*, as opposed to a preliminary decision without any impact on the rights of the parties. In *Knight v. Indian Head School Division No. 19*,³² L'Heureux-Dubé J. stated as follows:

A decision of a preliminary nature will not in general trigger the duty to act fairly, whereas a decision of a more final nature may have such an effect (Dussault and Borgeat, *op. cit.*, at p. 372).

79 Dussault and Borgeat³³ state that a preliminary decision is a decision which has no immediate impact on a party, and which has only a potential effect:

[TRANSLATION] It is therefore crucial for the court, in each case before it, to examine the actual scope of the administrative acts accomplished by the body. If the acts are purely preliminary *and as such have no immediate impact on the rights and interests of persons at issue*, the court should not intervene, because the body is not bound by any duty of fairness under the rule *audi alteram partem*. However, where at a later stage, the acts taken actually lead to the decision, the body cannot avoid application of the rule, subject to having its ruling quashed by the court. [My emphasis.]

80 As I have already stated, the order of the Commissioner has an immediate impact on the rights and interests of Air Canada. Furthermore, the order of the Commissioner, which is enforceable for a period of up to 80 days, could well create a situation giving rise to irreparable harm to the commercial business of Air Canada, which could not be remedied by an appeal of the decision of the Commissioner before the Tribunal (s. 104.1(7)). As soon as the minimal conditions for issue of the order are fulfilled, [s. 104.1 of the Act](#) grants the Commissioner a very broad discretion with respect to the appropriate order.

The Normative Content of the Principles of Natural Justice Within the Context of Section 104.1

81 The nature of the order of the Commissioner, the underlying procedural process, the applicable substantive rules, rights affected, the legitimate expectations of the person affected and

the potential duration of the order all support the imposition of a substantial normative content in defining the rules of natural justice which apply to the present matter.

82 The nature of the duties of the Commissioner when issuing orders and the impact of his decisions on the person targeted requires recourse to a process which provides adequate procedural guarantees similar to those which apply to judicial decisions.

83 It remains to determine whether [s. 104.1 of the Act](#) offers these procedural guarantees.

Nemo Judex in SUA Causa

84 The Air Canada challenge is only concerned with the structure of [the Act](#) (institutional partiality). No personal criticism is made of the Commissioner.³⁴

85 In principle, I would reiterate from the outset that there is an exception to the principle "*nemo judex*" when an overlapping of functions is authorized by [the Act](#), provided that the constitutional validity of [the Act](#) is not challenged.³⁵

86 I have already made a finding, based on all the circumstances, that substantial procedural safeguards are necessary in the present matter. I am furthermore of the opinion that [s. 104.1 of the Act](#) does not satisfy this requirement. Nor does it allow persons targeted "a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice" prior to a ruling on their rights.

87 A sensible, reasonable and well-informed person would observe a confusion of roles at a glance. The Commissioner is responsible for the inquiry. In the present matter, this inquiry follows the complaint of a competitor. The Commissioner/investigator, while pursuing his inquiry, becomes judge for the purpose of issuing a temporary order.

88 Once the temporary order is issued, [the Act](#) grants the Commissioner a multi-faceted mandate: (1) he pursues his inquiry (s. 104.1(14)); (2) he becomes the respondent before the Tribunal which is called upon to review his decision (s. 104.1(9)); (3) he can renew his temporary order for two additional periods of 30 days each (s. 104.1(5)); (4) he can commence proceedings before the Tribunal in order to obtain permanent orders with respect to actions which were the subject of his temporary order (s. 104.1(12)). In this last case, he is deemed to be the plaintiff or applicant and the party governed by the temporary order becomes a defendant or respondent.

89 In the present matter, this merger of roles is not a mere legal fiction. The well-informed observer would have noticed: (1) that the Commissioner intervened before the Tribunal which reviewed his order for the purpose of supporting it; (2) the Commissioner presented an application before the Tribunal in order to make permanent the temporary order which he had himself issued. This application is currently pending before the Tribunal; (3) throughout this time, he continued to conduct his inquiry.

90 The primary duties of the Commissioner, which involve ensuring and supervising the application of [the Act](#) principally by way of inquiries, are difficult to reconcile with the fairness required of someone sitting in judgment over such a matter. Fairness is required here particularly, in order to judge whether the evidence filed fulfills the conditions required for the order and to determine adequately its content and scope.

91 In short, to employ the language of Dickson J.,³⁶ I am of the view that the Commissioner/investigator or the Commissioner/prosecutor is unable to act "on a judicial basis" when issuing a temporary order. Consequently, with respect to this component of the rules of natural justice, s. 104.1 fails to secure adequate protection of an air carrier's rights in accordance with the principles of [s. 2\(e\) of the Canadian Bill of Rights](#).

Audi Alteram Partem

92 Parliament has excluded any form of hearing, not only prior to issuing the initial order, but also at the time of any renewals thereof. The person subject to the order is deprived of any opportunity to make any representations whatsoever during a period which potentially could last up to 80 days.

93 In view of the foregoing, it appears obvious to me that s. 104.1 does not satisfy the minimal content required of procedural fairness. This "judicial" order affects the rights of a person governed for a considerable period without that person being entitled to present its case in any form whatsoever.

94 It remains to determine whether these violations of the rules of fundamental justice can be justified and constitute a legitimate restriction of the rights of an air carrier in a dominant market position.

Analysis of Reasons

95 From a conceptual point of view, the rules of natural justice are variable rules which are both flexible in content and must be placed in their proper context. As a result, it may seem surprising to apply a justification test with a view to safeguarding a legislative provision which does not meet the minimal normative requirements of the duty to act fairly in a given case. As a general rule, this normative content is determined by examining legislative objectives and the means used to achieve those objectives. In short, the justification analysis is incorporated as one of the elements required in the determination of the normative content.

96 The difficulty of the present matter lies in the fact that the Canadian Parliament is not amending the rules of natural justice; it is suppressing them. Exceptionally, there may exist

circumstances which justify such a violation of rights. In such a case, a separate analysis of justification would be appropriate.

97 The *Canadian Bill of Rights* does not contain any provision which corresponds to s. 1 of the *Canadian Charter*. To avoid conferring an absolute character to the protective rights, Professor Hogg writes:

The *Canadian Bill of Rights* contains no limitation clause comparable to section one of the *Charter*. Most of the freedoms, and in particular the guarantees of "equality before the law" (s. 1(b)), "freedom of religion" (s. 1(c)), "freedom of speech" (s. 1(d)), "freedom of assembly and association" (s. 1(e)) and "freedom of the press" (s. 1(f)), are expressed in unqualified terms. This follows the pattern of the *American Bill of Rights* which also lacks an explicit limitation clause. But the courts have not interpreted the guarantees of the *Canadian Bill of Rights* and the *American Bill of Rights* as absolutes; they have recognized the necessity to limit them in pursuit of other widely shared values. Thus a guarantee of "equality before the law" or "equal protection of the laws" must be qualified to accommodate laws which treat special groups in a special way for legitimate reasons, and a guarantee of "freedom of speech" must be qualified to accommodate laws against sedition, obscenity, fraud, official secrecy, defamation, deceptive advertising and the like. The position without a limitation clause is therefore not very different from the position with a limitation clause. However, an explicit limitation clause does instruct the courts, albeit vaguely, as to the standards to be employed in determining whether a law transgresses a guaranteed civil liberty. In the absence of a limitation clause, the courts have to invent the applicable standards, a task that Canadian courts, in interpreting the *Canadian Bill of Rights*, did not perform very successfully.³⁷

98 For comparison purposes, it is interesting to note that in *R. v. Sparrow*,³⁸ the Supreme Court of Canada adopted a similar approach in a case where s. 1 of the *Canadian Charter* did not apply. In that case, s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, which protects the ancestral rights of First Nations peoples of Canada, was considered by the court. Within that special context, the Supreme Court of Canada proposed a justification test which could safeguard the challenged provision in the event of infringement. Initially, it examined the existence of a "valid legislative objective". It then examined the means adopted to attain the objective in order to ensure whether "there has been as little infringement as possible".

99 This approach is similar to the principles laid down in *R. v. Oakes*.³⁹

100 Based on these principles, I am of the view that the first requirement to justify infringement has been fulfilled: competition legislation addresses a pressing and very real social concern for Canadian society. This is particularly true in the area of domestic air transport in a vast country which is comprised of remote regions, whose development and survival is based in large part on transportation methods.

101 The legislative objective is to ensure healthy competition in the area of domestic air travel. An air carrier which enjoys a dominant position can inflict a fatal blow to competition in very little time. Thus, energetic legislative measures were appropriate under the circumstances.

102 However, the legislative enactment does not satisfy the criterion of proportionality which must be analyzed in the light of the three elements laid down by *Oakes*.

103 Firstly, the respondent has not demonstrated: (1) the necessity of granting this extraordinary power to the investigator and prosecutor under this Act, and (2) in what manner are the ordinary courts or specialized tribunals (such as the Competition Tribunal) incapable of adequately carrying out this function? To say the least, it is curious that after adopting s. 104.1, Parliament granted a very similar power to the Competition Tribunal (s. 103.3). This demonstrates that, even in the opinion of Parliament, a specialized tribunal can adequately carry out these duties under emergency circumstances.

104 The courts examine these pressing issues on a daily basis and, where necessary, in a timely manner. That being said, there is no reason to believe that a tribunal specialized in such matters, provided it acts in a judicial matter, could not properly fulfill this function. It is perhaps more convenient to allow the Commissioner acting alone to hand down temporary *ex parte* orders in matters which are the subject of his inquiries. One cannot however rely on mere convenience, particularly where other means are available which "infringe as little as possible" guaranteed rights. Although discussed within the context of the [Canadian Charter](#), the comments of Wilson J. in [Singh](#) are relevant:

Certainly the guarantees of [the Charter](#) would be illusory if they could be ignored because it was administratively convenient to do so. No doubt considerable time and money can be saved by adopting administrative procedures which ignore the principles of fundamental justice but such an argument, in my view, misses the point of the exercise under [s. 1](#). The principles of natural justice and procedural fairness which have long been espoused by our courts, and the constitutional entrenchment of the principles of fundamental justice in s. 7, implicitly recognize that a balance of administrative convenience does not override the need to adhere to these principles.⁴⁰

105 I come to a similar conclusion for the rule "*audi alteram partem*". Despite the common complaint concerning procedural delays in the judicial system, the regular courts regularly hand down interim orders *ex parte* where circumstances, including urgency, so justify. These orders remain in force for a maximum period of 10 days.⁴¹ They are renewable. However, after 10 days, the parties are entitled to be heard, even if in a summary manner.

106 I am not convinced that grounds exist justifying the denial of the right to be heard for a period of up to 80 days.

107 Upon the aforementioned grounds, I am of the view that s. 104.1 does not ensure sufficient procedural guarantees in the present matter, due to all the circumstances mentioned. These violations of rights guaranteed by [s. 2\(e\) of the Canadian Bill of Rights](#) are neither reasonable nor justified.

Section 96 of the Constitution Act, 1867

108 As a general rule, judicial restraint requires that courts refrain from deciding constitutional questions unless absolutely necessary in order to resolve litigation.⁴² This rule, however, is not absolute. In certain cases, public policy may require that the courts rule on such matters.⁴³

109 I am aware of the fact that my reasons based on [s. 2\(e\) of the Canadian Bill of Rights](#) are sufficient to decide this matter. However, I am also of the view that, in the present matter, public policy demands a review of the Air Canada challenge on the ground of [s. 96 of the Constitution Act, 1867](#). I have several reasons for raising this point. Firstly, I recall that Air Canada filed a motion for declaratory judgment which raises several issues, including an argument based on [s. 96](#). Secondly, the parties, including the Attorney General of Canada, engaged in long argument concerning the issue both before the Superior Court and this Court. Thirdly, we are not faced with a factual vacuum. Finally, the question is not moot and continues to be relevant.

110 From the outset, one comment should be made. The delegation under challenge is made in favour of a federal body and not a provincial administrative or judicial tribunal. Presuming, without however deciding the point, that [s. 96 of the Constitution Act, 1867](#) restricts the powers of Parliament as it does for provincial legislatures, I am of the view that the relevant provision complies with [s. 96](#).⁴⁴

111 Through the various decisions,⁴⁵ the existing state of law⁴⁶ has oscillated between a broad and liberal (*Tomko*)⁴⁷ and a restrictive approach (*MacMillan Bloedel*)⁴⁸ with respect to the rules of application of [s. 96](#). The division of members of the Supreme Court of Canada bench was also confirmed in *Reference re: Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)* in 1996.⁴⁹

112 As stated by this Court in *Cadieux*⁵⁰ the three steps of analysis formulated in *Re Residential Tenancies Act, 1979*, should be applied in accordance with a pragmatic and flexible approach. I will briefly summarize these three steps:

1. Does the challenged power or jurisdiction broadly conform to the power or jurisdiction exercised by Superior, District or County Courts at the time of Confederation?

2. Is the function of the provincial tribunal within its institutional setting a judicial function, considered from the point of view of the nature of the question which the tribunal is called upon to decide or, to put it in other words, is the tribunal concerned with a private dispute which it is called upon to adjudicate through the application of a recognized body of rules and in a manner consistent with fairness and impartiality?

3. If the power or jurisdiction of the provincial tribunal is exercised in a judicial manner, does its function as a whole in its entire institutional context violate s. 96?⁵¹

113 With respect to the first step, Dickson J. stated:

The first involves consideration, in the light of the historical conditions existing in 1867, of the particular power or jurisdiction conferred upon the tribunal. The question here is whether the power or jurisdiction conforms to the power or jurisdiction exercised by superior, district or county courts at the time of Confederation.⁵²

114 In *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans*⁵³ the Supreme Court of Canada specified that it was crucial not to restrict the analysis to a formalistic approach, but rather to tailor it to the type of litigation, *i.e.*, to examine the subject matter rather than the decisional mechanism.

115 This specific development in the approach adopted by the Supreme Court of Canada partially explains the contradictory opinions of the parties in the present matter: Air Canada argues that the provision grants a power similar in nature to an injunction, whereas the Attorney General of Canada argues the court is considering a competition law issue.

116 In my view, both of these arguments are ill founded. At one extreme, the qualification by Air Canada's counsel solely emphasizes the remedy, which necessarily would mean that no administrative body could issue such an order. At the other extreme, the qualification by the Attorney General would result in justifying any type of remedy because the subject matter, being competition, would be a new area of jurisdiction.

117 I tend to the view that the correct qualification is at the crossroads between these two extremes: the jurisdiction of the Commissioner is in the nature of issuing orders which affect competition or govern the economic system.

118 This was substantially the position adopted by this Court during a similar review which concerned the Competition Tribunal.⁵⁴

119 I am of the view that the power exercised by the Commissioner pursuant to s. 104.1 of the Act is not one which falls within the exclusive jurisdiction of the superior courts of 1867.

Final Judgment

120 Upon the aforementioned grounds, I would allow the appeal, quash the judgment under appeal, allow the motion for declaratory judgment with costs and declare s. 104.1 of the *Competition Act* inoperative on the grounds that it is incompatible with s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*.

Footnotes

- * An application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada was filed by the Attorney General of Canada and the Commissioner of Competition on March 17, 2003 (Court File No. 29660).
- 1 Since its acquisition of Canadian Airlines International Ltd. during the summer of 2000.
- 2 *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, s. 104.1 was enacted by the *Act to amend the Canada Transportation Act, the Competition Act, the Competition Tribunal Act and the Air Canada Public Participation Act and to amend another Act in consequence*, S.C. 2000, c. 15, and came into force on July 5, 2000 (*per* SI/2000-59, *Canada Gazette, Part II*, vol. 134, no. 15, p. 1845). The *Act* was again amended in June 2002, by the *Act to amend the Competition Act and the Competition Tribunal Act*, S.C. 2002, c. 16, which came into force on June 21, 2002 (*per* SI/2002-100, *Canada Gazette, Part II*, vol. 136, no. 14, p. 1641). I will return to this during my review of the *Competition Act*.
- 3 These orders can be renewed for two further 30-day periods.
- 4 *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44.
- 5 Motion for leave to appeal refused in the matter *Air Canada v. Commissioner of Competition*, December 19, 2002, Court File No. 29202 [noted 21 C.P.R. (4th) vi].
- 6 Our detailed study will examine these provisions, as they form the grounds in support of the complaint filed by the Commissioner against Air Canada.
- 7 *Act to amend the Competition Act and the Competition Tribunal Act*, S.C. 2002, c. 16, which came into force on June 21, 2002 (*per* SI/2002-100, *Canada Gazette, Part II*, vol. 136, no. 14, p. 1641).
- 8 I have intentionally refrained from mentioning any accessory duties of the Commissioner concerning notices and reports of the Commission filed with federal agencies or the Minister of Industry.
- 9 Unless otherwise specified, the 2002 legislative amendments have not been included (see note 7).
- 10 *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10.
- 11 *Regulations respecting Anti-Competitive Acts of Persons Operating a Domestic Service*, SOR/2000-324, in force August 23, 2000 (*Canada Gazette, Part II*, vol. 134, no. 18, p. 2049).
- 12 *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282, 9 D.L.R. (3d) 473.
- 13 *R. v. Hogan*, [1975] 2 S.C.R. 574 at p. 597, 48 D.L.R. (3d) 427.

- 14 See *inter alia*, *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177 at p. 239 per Beetz J., 17 D.L.R. (4th) 422; *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856 at pp. 876-79, 22 D.L.R. (4th) 119 sub nom. *MacBain v. Canadian Human Rights Commission*. Principle confirmed by *obiter dictum* in *Canada (Attorney General) v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349 at pp. 1364-65 per Ritchie J., at p. 1374 per Abbott J. and p. 1382 per Laskin J., 38 D.L.R. (3d) 481; *R. v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693 at p. 714 per Laskin J., 44 D.L.R. (3d) 584; *R. v. Hogan*, *supra*, note 13, at p. 584 per Ritchie J. and pp. 589-90 per Laskin J.; *Canada (Attorney General) v. Canard*, [1976] 1 S.C.R. 170 at p. 205 per Beetz J., 52 D.L.R. (3d) 548; *R. v. Miller and Cockriell*, [1977] 2 S.C.R. 680 at p. 686 per Laskin C.J.C., 70 D.L.R. (3d) 324. References drawn from Hogg, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. (Scarborough, Ont.: Carswell) (looseleaf), at note 22 in c. 32.
- 15 *R. v. Hayden* (1983), 3 D.L.R. (4th) 361 (Man. C.A.); *Authorson v. Canada (Attorney General)* (2002), 58 O.R. (3d) 417, [2002] O.J. No. 962 (Q.L.), 215 D.L.R. (4th) 496 (C.A.), motion for leave to appeal to the Supreme Court of Canada, Court File No. 29207 [granted 216 D.L.R. (4th) vi]; *Northwest Territories v. Public Service Alliance of Canada*, [2001] 3 F.C. 566, 2001 FCA 162, 201 D.L.R. (4th) 128, leave to appeal granted by the Supreme Court of Canada, however discontinuance on August 15, 2002, Court File No. 28737. However, the appeal of the decision *Bell Canada v. Canada (Human Rights Commission)*, [2001] 3 F.C. 481, 2001 FCA 161, 199 D.L.R. (4th) 664 sub nom. *Bell Canada v. C.T.E.A.*, will be heard on January 23, 2003 by the Supreme Court of Canada, Court File No. 28743. The Chief Justice raised the issue of compatibility of s-ss. 27(2) and (3) of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, with s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*.
- 16 *R. v. Drybones*, *supra*, note 12, at p. 294. Adopted in *MacBain v. Lederman*, *supra*, note 14, at p. 881.
- 17 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Sch. B of the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11.
- 18 Hogg, Peter W., "A Comparison of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* with the *Canadian Bill of Rights*" in *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed., under the direction of Gerald A. Beaudoin and Edward Ratushney (Montreal: Wilson & Lafleur, 1989), c. 1 at p. 18. Cited in *Northwest Territories v. P.S.A.C.*, *supra*, note 15, at para. 54, p. 600.
- 19 *Singh*, *supra*, note 14, at p. 228.
- 20 *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869 at p. 882, 84 D.L.R. (4th) 105. See also *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519 at pp. 533-38, 191 D.L.R. (4th) 1, particularly para. 10: "The principles of fundamental justice also include procedural fairness". Opinion of Arbour J., dissenting.
- 21 *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52, 204 D.L.R. (4th) 33, paras. 20-22, discussing the principle of natural justice, independence and fairness of administrative decision-makers. The Supreme Court of Canada refers, *inter alia*, to *Innisfil (Township) v. Vespra (Township)*, [1981] 2 S.C.R. 145, 123 D.L.R. (3d) 530; *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301, 57 D.L.R. (4th) 458; *Ringrose v. College of Physicians and Surgeons (Alberta)*, [1977] 1 S.C.R. 814, 67 D.L.R. (3d) 559; *Kane v. Board of Directors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105, 110 D.L.R. (3d) 311.
- 22 *Ocean Port Hotel Ltd.*, *supra*, note 21, at para. 28.
- 23 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919 at pp. 940-41, 140 D.L.R. (4th) 577, para. 22, hereinafter referred to as *Régie des permis d'alcool*.
- 24 *Re Therrien*, [2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35, 200 D.L.R. (4th) 1.
- 25 *Re Therrien*, *supra*, note 24, at paras. 81-82. See also *Moreau-Berubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, 2002 SCC 11 [now reported 209 D.L.R. (4th) 1], paras. 74-75. The Supreme Court of Canada applied similar reasoning recently in an immigration matter concerning s. 7 of the *Canadian Charter* in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1 [now reported 208 D.L.R. (4th) 1], at para. 115: "(1) the nature of the decision made and the procedures followed in making it, that is, 'the closeness of the administrative process to the judicial process' (2) the role of the particular decision within the statutory scheme; (3)

the importance of the decision to the individual affected; (4) the legitimate expectations of the person challenging the decision where undertakings were made concerning the procedure to be followed; and (5) the choice of procedure made by the agency itself".

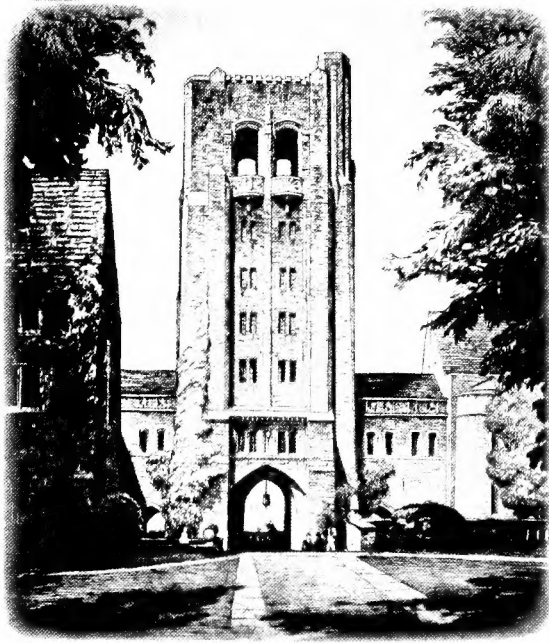
- 26 *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, 174 D.L.R. (4th) 193.
- 27 *Minister of National Revenue v. Coopers & Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495.
- 28 Mullan, D.J., "Fairness: the New Natural Justice?" (1975), 25 U.T.L.J. 280, at p. 300.
- 29 *Régie des permis d'alcool*, *supra*, note 23, at para. 19, p. 938.
- 30 Unless an application for review is before the Tribunal, in which case the order shall be valid until judgment is rendered by the Tribunal.
- 31 *R. v. Randolph*, [1966] S.C.R. 260, at pp. 265-66.
- 32 *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653 at p. 670, 69 D.L.R. (4th) 489.
- 33 Dussault, René, and Louis Borgeat, *Traité de droit administratif*, 2nd ed., vol. III (Quebec: Presses de l'Université Laval, 1989), at p. 372.
- 34 *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Ruffo v. Conseil de magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267, 130 D.L.R. (4th) 1; *Régie des permis d'alcool*, *supra*, note 23; *Therrien*, *supra*, note 24, at para. 92, p. 62, *et seq.*; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, 68 D.L.R. (3d) 716; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, 89 D.L.R. (4th) 289.
- 35 *Brosseau*, *supra*, note 21, at p. 309.
- 36 *Hunter v. Southam*, [1984] 2 S.C.R. 145 at 164, 2 C.P.R. (3d) 1, 11 D.L.R. (4th) 64.
- 37 Hogg, "A Comparison of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* with the *Canadian Bill of Rights*" in *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, *supra*, note 18, at p. 11.
- 38 *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, 70 D.L.R. (4th) 385.
- 39 *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, 26 D.L.R. (4th) 200.
- 40 *Singh*, *supra*, note 14, at pp. 218-19. Cited in *MacBain*, *supra*, note 14, at p. 875.
- 41 For a given example, see s. 753 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25. See also Spry, I.C.F., *Principles of Equitable Remedies*, 3rd ed. (Toronto: Carswell, 1984), at p. 488.
- 42 *Quebec (Attorney General) v. Lechasseur*, [1981] 2 S.C.R. 253, 128 D.L.R. (3d) 739; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613 at pp. 622-24, 18 D.L.R. (4th) 655; *Reference Re: B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486 at p. 531, 24 D.L.R. (4th) 536 *sub nom. Reference re: Section 94(2) of the Motor Vehicle Act*; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530 at pp. 571-72, 62 D.L.R. (4th) 634; *Rudolf Wolff & Co. v. Canada*, [1990] 1 S.C.R. 695 at p. 703, 69 D.L.R. (4th) 392; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5 at pp. 19-20, 81 D.L.R. (4th) 121; *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam*, [1993] 4 S.C.R. 371 at p. 413, 109 D.L.R. (4th) 46; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761 at pp. 804-805, 120 D.L.R. (4th) 348; Brun, Henri, and Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, 4th ed. (Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2002), at p. 195.

- 43 Brun and Tremblay, *supra*, note 42, at pp. 195-96.
- 44 This approach was adopted by Gonthier J. in *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394 at p. 415, 42 C.P.R. (3d) 353, 92 D.L.R. (4th) 609.
- 45 For a brief historical overview of the evolution of the case law of the Supreme Court of Canada, see the Court of Appeal case *Cadieux v. Montreal (Montreal Urban Community)*, C.A. Montreal, Deschamps, Delisle and Nuss JJ.A., March 1, 2002, Court File No. 500-09-007230-980, [2002] Q.J. No. 363 (QL), at para. 68 *et seq.* The Court mentions, *inter alia*, the cases *Residential Tenancies Act, 1979 (Re)*, [1981] 1 S.C.R. 714, (sub nom. *Reference re: Residential Tenancies Act*) 123 D.L.R. (3d) 554; *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans*, [1989] 1 S.C.R. 238, 57 D.L.R. (4th) 1.
- 46 See also Hogg, *Constitutional Law of Canada*, *supra*, note 14, at c. 7.3; Beaudoin, Gérald-A., *Le fédéralisme au Canada* (Montreal: Wilson & Lafleur, 2000), at p. 197 *et seq.*
- 47 *Tomko v. Labour Relations Board (Nova Scotia)*, [1977] 1 S.C.R. 112, 69 D.L.R. (3d) 250.
- 48 *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, 130 D.L.R. (4th) 385.
- 49 *Reference re: Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)*, [1996] 1 S.C.R. 186, (sub nom. *Reference re: Act to Amend Chapter 401 of the Revised Statutes, 1989, the Residential Tenancies Act, (N.S.), ss. 7, 8(2)*) 131 D.L.R. (4th) 609. The majority opinion was rendered by La Forest, L'Heureux-Dubé, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. and the minority was comprised of Lamer C.J.C., Sopinka and Cory JJ. Gonthier J. supported the analysis of the majority in a separate opinion.
- 50 *Cadieux v. Montreal (Montreal Urban Community)*, *supra*, note 45, at para. 68 *et seq.*
- 51 *Massey-Ferguson Industries Ltd. v. Saskatchewan*, [1981] 2 S.C.R. 413 at p. 429, 127 D.L.R. (3d) 513. Followed by Lamer C.J.C. in *Reference re: Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)*, *supra*, note 49, at para. 30, pp. 210-11. McLachlin J. summarized the three-pronged test at para. 74, pp. 232-33.
- 52 *Reference re: Residential Tenancies Act, 1979*, *supra*, note 45, at p. 734.
- 53 *Sobeys*, *supra*, note 45, at pp. 254-55. See also *Reference re: Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252 at p. 266, 77 D.L.R. (4th) 492; *Chrysler*, *supra*, note 44, at pp. 415-16; *MacMillan Bloedel Ltd.*, *supra*, note 48, at para. 14, pp. 739-40; *Reference re: Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)*, *supra*, note 49, opinion of Lamer C.J.C. at para. 34-35, pp. 213-14; opinion of McLachlin J. at para. 76, pp. 233-34.
- 54 *Alex Couture Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1991] R.J.Q. 2534, 38 C.P.R. (3d) 293, 83 D.L.R. (4th) 577 (C.A.).

Anonymous Case, *Lib. Assisarum*, 41, 11 (1367),

Translated and reprinted in Roscoe Pound, *Readings on the History and System of the Common Law*, 2nd ed. (Boston: Boston Book Company 1913).

Please see pp. 123-124.



Cornell Law School Library

Cornell University Library
PUBLIC
KF 394.A7P87 1913

373

Readings on the history and system of th



3 1924 018 807 416

law

PUBLIC

375

READINGS

ON THE

History and System of the
Common Law

COMPILED BY

ROSCOE POUND

STORY PROFESSOR OF LAW IN HARVARD UNIVERSITY

SECOND EDITION

BOSTON

THE BOSTON BOOK COMPANY

1913

COPYRIGHT, 1913
BY ROSCOE POUND

The Riverdale Press, Brookline, Mass., U.S.A.

BRITTON, Bk. I, chap. 5. Nichols's translation.

Afterwards let the jurors be charged of what fact they are to speak the truth. And then let them go and confer together, and be kept by a bailiff, so that no one speak to them; and if any one does so, or if there be any one among them who is not sworn, let him be committed to prison, and all the rest amerced for their folly in suffering it.

10. If they can not all agree in one mind, let them be separated and examined why they can not agree; and if the greater part of them know the truth and the other part do not, judgment shall be according to the opinion of the greater part. And if they declare upon their oaths, that they know nothing of the fact, let others be called who do know it; and if he who put himself on the first inquest will not put himself on a new jury, let him be remanded back to penance till he consents thereto.

ANONYMOUS CASE, COMMON PLEAS, 1393. (Year Book 21 and 22, Edw. I., 273.) Thayer's translation.

Roubery (J. to the assise): How say you he is next heir? The assise: Because he was born and begotten of the same father and the same mother, and his father on his death-bed acknowledged that he was his son and heir. Roubery (J.): You shall tell us in another way how he is next heir or be shut up without meat or drink till tomorrow morning. And then they said he was born before the ceremony, but after the betrothal.

ANONYMOUS CASE LIB. ASSISARUM, 41, 11, 1367. Thayer's translation.

In another assise before the same justices at Northampton, the assise was sworn; and they were all agreed but one, who would not agree with the xi, and afterwards they were remanded, and remained all day and the next day without eating or drinking, and afterwards the justices demanded of him if he would agree with his companions, and he said never, for he would die first in prison. Wherefore they took the verdict of the xi and commanded him to prison. And upon this a day was given in the Common Bench on the matter of the verdict. Kirketon (counsel for plaintiff) prayed judgment on the verdict, etc. Thorpe (C. J.) said they were all agreed that this was not a verdict taken from xi and that a verdict could not be taken from xi. But Kirketon told how Willoughby (J.) in trespass took the verdict of xi and sent the twelfth to prison

and the attaint was sued against the xi. and also W. Thorpe (J.) in an assise of the xx year of the present king (1345) took verdict of xi. Thorpe (C. J.): "That is no example to us, for they were greatly reprov'd for this." . . . And afterwards by assent of all the justices it was held that this was not a verdict, wherefore judgment was that the panel be quashed and null, and that he that was in prison be delivered. . . . Note that the justices said that they ought to have carried the assise with them in a cart until they were agreed.

FORTESCUE, *DE LAUDIBUS LEGUM ANGLIAE*, chaps. 25, 26 (about 1453). Amos's translation.

25. Whensoever the parties contending in the King's Courts are come to the issue of the Plea, upon the matter of fact, the justices forthwith, by virtue of the King's writ, write to the sheriff of the county, where the fact is supposed to be, that he would cause to come before them, at a certain day, by them appointed, twelve good and lawful men of the neighborhood, where the fact is supposed, who stand in no relation to either of the parties who are at issue, in order to enquire and know upon their oaths, if the fact be so as one of the parties alleges, or whether it be as the other contends it, with him. At which day the sheriff shall make return of the said writ before the same Justices, with a panel of the names of them whom he had summoned for that purpose. In case they appear, either party may challenge the array, and allege that the Sheriff had acted therein partially, and in favor of the other party, (viz.) by summoning such as are too much parties in the cause and not indifferent; which exception, if it be found to be true upon the oath of two men of the same panel pitched on by the Justices, the panel shall immediately be quashed and then the Justices shall write to the Coroners of the same County, to make a new panel; in case that likewise should be excepted against, and be made to appear to be corrupt and vicious, this panel also be quashed. Then the justices shall choose two clerks of the court, or others of the same county, who, sitting in the court, shall upon their oaths, make an indifferent panel, which shall be excepted to by neither of the parties; but being so impanelled and appearing in Court, either party may except against any particular person; as he may at all times, and in all cases, by alleging that the person so impanelled is of kin, either by blood or affinity to the other party; or in some such particular interest, as he can not be deemed an indifferent person to

Bell Canada *Appellant*

v.

**Communications, Energy and
Paperworkers Union of Canada, Femmes
Action and Canadian Human Rights
Commission** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada, Attorney
General of Ontario, Canadian Labour
Congress, Public Service Alliance of Canada
and Canada Post Corporation** *Interveners*

**INDEXED AS: BELL CANADA v. CANADIAN TELEPHONE
EMPLOYEES ASSOCIATION**

Neutral citation: 2003 SCC 36.

File No.: 28743.

2003: January 23; 2003: June 26.

Present: **McLachlin C.J.** and Gonthier, Iacobucci, Major,
Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

Administrative law — Procedural fairness — Institutional independence — Impartiality — Canadian Human Rights Tribunal — Canadian Human Rights Commission — Canadian Human Rights Act authorizing Commission to issue guidelines binding on Tribunal concerning “a class of cases” — Act also authorizing Tribunal Chairperson to extend terms of Tribunal members in ongoing inquiries — Whether Commission’s guideline-making power compromises Tribunal’s independence and impartiality — Whether Chairperson’s power to extend appointments compromises Tribunal’s independence and impartiality — Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, ss. 11, 27(2), 48.2(2) — Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44, s. 2(e).

Please see in particular para. 28

c.

**Syndicat canadien des communications,
de l’énergie et du papier, Femmes Action
et Commission canadienne des droits de la
personne** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada, procureur
général de l’Ontario, Congrès du travail
du Canada, Alliance de la fonction publique
du Canada et Société canadienne des
postes** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : BELL CANADA c. ASSOCIATION
CANADIENNE DES EMPLOYÉS DE TÉLÉPHONE**

Référence neutre : 2003 CSC 36.

N° du greffe : 28743.

2003 : 23 janvier; 2003 : 26 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges
Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour,
LeBel et Deschamps.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Équité procédurale — Indépendance institutionnelle — Impartialité — Tribunal canadien des droits de la personne — Commission canadienne des droits de la personne — Loi canadienne sur les droits de la personne autorisant la Commission à prendre des ordonnances qui lient le Tribunal dans « une catégorie de cas donnés » — Loi autorisant aussi le président du Tribunal à prolonger le mandat des membres du Tribunal dans les affaires dont ils sont saisis — Le pouvoir de la Commission de prendre des ordonnances compromet-il l’indépendance et l’impartialité du Tribunal? — Le pouvoir du président de prolonger les mandats compromet-il l’indépendance et l’impartialité du Tribunal? — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 11, 27(2), 48.2(2) — Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, ch. 44, art. 2e).

Bell brought a motion before a panel of the Canadian Human Rights Tribunal, which had been convened to hear complaints filed against Bell by female employees. Bell alleged that the Tribunal's independence and impartiality were compromised by two powers: first, the power of the Canadian Human Rights Commission to issue guidelines that are binding on the Tribunal concerning "a class of cases", and second, the power of the Tribunal Chairperson to extend Tribunal members' terms in ongoing inquiries.

The Tribunal rejected Bell's position and directed that the hearings should proceed. The Federal Court, Trial Division, allowed Bell's application for judicial review, holding that even the narrowed guideline power of the Commission unduly fettered the Tribunal, and that the Chairperson's discretionary power to extend appointments did not leave Tribunal members with a sufficient guarantee of tenure. The Federal Court of Appeal reversed that judgment.

Held: The appeal should be dismissed.

Neither of the two powers challenged by Bell compromises the procedural fairness of the Tribunal. Nor does either power contravene any applicable quasi-constitutional or constitutional principle.

The Tribunal should be held to a high standard of independence, both at common law and under s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. Its main function is adjudicative and it is not involved in crafting policy. However, as part of a legislative scheme for rectifying discrimination, the Tribunal serves the larger purpose of ensuring that government policy is implemented. The standard of independence applicable to it is therefore lower than that of a court. The Tribunal's function in implementing government policy must be kept in mind when assessing whether it is impartial.

The guideline power does not undermine the independence of the Tribunal. The requirement of independence pertains to the structure of tribunals and the relationship between their members and members of other branches of government. It does not have to do with independence of thought. Nor does the guideline power undermine the Tribunal's impartiality. The guidelines are a form of law. Being fettered by law does not render a tribunal partial, because impartiality does not consist in the absence of all constraints. The guideline

Bell a présenté une requête aux membres du Tribunal canadien des droits de la personne désignés pour instruire des plaintes déposées contre Bell par ses employées de sexe féminin. Bell alléguait que l'indépendance et l'impartialité du Tribunal étaient compromises par deux pouvoirs : premièrement, le pouvoir de la Commission canadienne des droits de la personne de prendre des ordonnances qui lient le Tribunal dans « une catégorie de cas donnés » et, deuxièmement, le pouvoir du président du Tribunal de prolonger le mandat des membres du Tribunal dans les affaires dont ils sont saisis.

Le Tribunal a rejeté les prétentions de Bell et ordonné l'instruction des plaintes. La Section de première instance de la Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire déposée par Bell, en statuant que même le pouvoir restreint de la Commission de prendre des ordonnances limitait indûment le Tribunal et que le pouvoir discrétionnaire du président de prolonger le mandat des membres du Tribunal ne leur assurait pas une garantie d'inamovibilité suffisante. La Cour d'appel fédérale a infirmé ce jugement.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Aucun des deux pouvoirs contestés par Bell ne compromet l'équité procédurale du Tribunal. Ni l'un ni l'autre ne contrevient non plus à un principe constitutionnel ou quasi constitutionnel applicable.

Le Tribunal doit satisfaire à une norme d'indépendance élevée aussi bien en vertu de la common law qu'en vertu de l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. Sa principale fonction est de nature juridictionnelle et il ne participe pas à l'élaboration des politiques. Toutefois, comme il fait partie d'un régime législatif visant à remédier aux pratiques discriminatoires, il a pour objectif plus général de veiller à la mise en œuvre de la politique gouvernementale. Il est donc assujéti à une norme d'indépendance moins sévère que celle applicable à une cour de justice. Lorsqu'on évalue l'impartialité du Tribunal, il faut garder à l'esprit sa fonction de mise en œuvre de la politique gouvernementale.

Le pouvoir de prendre des ordonnances ne porte pas atteinte à l'indépendance du Tribunal. L'exigence d'indépendance des tribunaux a trait à leur structure et à la relation qui existe entre leurs membres et les membres des autres branches du gouvernement. Ce critère n'a rien à voir avec l'indépendance d'esprit. Le pouvoir de prendre des ordonnances ne porte pas non plus atteinte à l'impartialité du Tribunal. Les ordonnances constituent une forme de mesures législatives. Le tribunal n'est pas partial du seul fait qu'il est limité par la loi, car

power is limited; and the statute and administrative law contain checks to ensure that it is not misused.

The power to extend members' appointments does not undermine the independence of Tribunal members. This question is settled by *Valente*. Nor does the power undermine the Tribunal's impartiality. A reasonable person informed of the facts would not conclude that members whose appointments were extended were likely to be pressured to adopt the Chairperson's views.

Cases Cited

Referred to: *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52; *Russell v. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.*, [1990] 2 F.C. 641; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [2000] 1 F.C. 146; *Liteky v. United States*, 510 U.S. 540 (1994); *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *Brousseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301; *Katz v. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 S.C.R. 405; *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44 [reproduced in R.S.C. 1985, App. III], s. 2(e).
Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6 [am. 1998, c. 9], ss. 11(1), (4), 27(1), (2), (3), 48.1(3), 48.2(1), (2), 48.3, 48.6(1), 50(2).
Constitution Act, 1867, s. 96.
Equal Wages Guidelines, 1986, SOR/86-1082.
Statutory Instruments Act, R.S.C. 1985, c. S-22.

l'impartialité ne tient pas à l'absence de toutes limites. Le pouvoir de prendre des ordonnances est limité et tant la loi que le droit administratif comportent des mécanismes de contrôle qui garantissent qu'il ne sera pas utilisé à mauvais escient.

Le pouvoir de prolonger le mandat des membres du Tribunal ne porte pas atteinte à leur indépendance. Cette question a été réglée dans *Valente*. Ce pouvoir ne porte pas non plus atteinte à l'impartialité du Tribunal. Une personne raisonnable, au courant de ces faits, ne conclurait pas que les membres risquent d'être illégitimement forcés d'adopter les vues du président.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52; *Russell c. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*, [1990] 2 C.F. 641; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [2000] 1 C.F. 146; *Liteky c. United States*, 510 U.S. 540 (1994); *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *Brousseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301; *Katz c. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 R.C.S. 405; *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, ch. 44 [reproduite dans L.R.C. 1985, app. III], art. 2e).
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6 [mod. 1998, ch. 9], art. 11(1), (4), 27(1), (2), (3), 48.1(3), 48.2(1), (2), 48.3, 48.6(1), 50(2).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 96.
Loi sur les textes réglementaires, L.R.C. 1985, ch. S-22.
Ordonnance de 1986 sur la parité salariale, DORS/86-1082.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2001] 3 F.C. 481, 272 N.R. 50, 199 D.L.R. (4th) 664, 32 Admin. L.R. (3d) 1, 9 C.C.E.L. (3d) 228, [2001] F.C.J. No. 776 (QL), 2001 FCA 161, allowing the respondents' appeal from a judgment of the Trial Division, [2001] 2 F.C. 392, 190 F.T.R. 42, 194 D.L.R. (4th) 499, 26 Admin. L.R. (3d) 253, 5 C.C.E.L. (3d) 123, 39 C.H.R.R. D/213, 2000 C.L.L.C. ¶230-043, [2000] F.C.J. No. 1747 (QL), quashing the decision of the Canadian Human Rights Tribunal. Appeal dismissed.

Roy L. Heenan, John Murray, Thomas Brady and David Stratas, for the appellant.

Peter C. Engelmann, Julia Hughes and Fiona Campbell, for the respondent the Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada.

No one appeared for the respondent Femmes Action.

Ian Fine and Philippe Dufresne, for the respondent the Canadian Human Rights Commission.

Donald J. Rennie and Alain Préfontaine, for the intervenor the Attorney General of Canada.

Sara Blake and Karin Rasmussen, for the intervenor the Attorney General of Ontario.

Mary F. Cornish and Fay C. Faraday, for the intervenor the Canadian Labour Congress.

Andrew Raven and David Yazbeck, for the intervenor the Public Service Alliance of Canada.

Brian A. Crane, Q.C., and *David Olsen*, for the intervenor the Canada Post Corporation.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND BASTARACHE J. —

I. Introduction

This appeal raises the issue of whether the Canadian Human Rights Tribunal (the “Tribunal”) lacks independence and impartiality because of the

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale, [2001] 3 C.F. 481, 272 N.R. 50, 199 D.L.R. (4th) 664, 32 Admin. L.R. (3d) 1, 9 C.C.E.L. (3d) 228, [2001] A.C.F. n° 776 (QL), 2001 CAF 161, accueillant l’appel des intimés à l’encontre d’un jugement de la Section de première instance, [2001] 2 C.F. 392, 190 F.T.R. 42, 194 D.L.R. (4th) 499, 26 Admin. L.R. (3d) 253, 5 C.C.E.L. (3d) 123, 39 C.H.R.R. D/213, 2000 C.L.L.C. ¶230-043, [2000] A.C.F. n° 1747 (QL), qui avait infirmé la décision du Tribunal canadien des droits de la personne. Pourvoi rejeté.

Roy L. Heenan, John Murray, Thomas Brady et David Stratas, pour l’appelante.

Peter C. Engelmann, Julia Hughes et Fiona Campbell, pour l’intimé le Syndicat canadien des communications, de l’énergie et du papier.

Personne n’a comparu pour l’intimée Femmes Action.

Ian Fine et Philippe Dufresne, pour l’intimée la Commission canadienne des droits de la personne.

Donald J. Rennie et Alain Préfontaine, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Sara Blake et Karin Rasmussen, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Mary F. Cornish et Fay C. Faraday, pour l’intervenant le Congrès du travail du Canada.

Andrew Raven et David Yazbeck, pour l’intervenante l’Alliance de la fonction publique du Canada.

Brian A. Crane, c.r., et *David Olsen*, pour l’intervenante la Société canadienne des postes.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE BASTARACHE —

I. Introduction

Le pourvoi vise à déterminer si le Tribunal canadien des droits de la personne (le « Tribunal ») est dépourvu de l’indépendance et de l’impartialité

power of the Canadian Human Rights Commission (the “Commission”) to issue guidelines binding on the Tribunal concerning “a class of cases”, and the power of the Tribunal Chairperson to extend Tribunal members’ terms in ongoing inquiries.

2 The appeal marks the latest proceeding in a lengthy dispute between Bell Canada (“Bell”) and the respondents, dating back to the early 1990’s, when two unions, Canadian Telephone Employees Association (“CTEA”) and Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada (“CEP”), and Femmes Action filed complaints against Bell alleging gender discrimination in the payment of wages, contrary to s. 11 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6 (the “Act”). More than a decade later, the complaints have yet to be heard by the Tribunal. Instead, the parties have been engaged in litigating Bell’s challenges to the Tribunal, a process that has taken them to the Federal Court, Trial Division three times, to the Federal Court of Appeal twice, and now to this Court.

3 In our view, Bell’s arguments are without merit. Neither of the two powers challenged by Bell compromises the procedural fairness of the Tribunal. Nor does either power contravene any applicable quasi-constitutional or constitutional principle. We would dismiss the appeal and have the complaints, finally, proceed before the Tribunal.

II. Background

4 Between 1990 and 1994, the CTEA, the CEP and Femmes Action, filed complaints with the Commission against Bell, alleging that Bell pays female employees in certain positions lower wages than male employees performing work of equal value, in violation of s. 11 of the Act. In May of 1996, the Commission asked the President of the Tribunal (now “Chairperson”) to inquire into the complaints.

requis du fait que la Commission canadienne des droits de la personne (la « Commission ») a le pouvoir de prendre des ordonnances qui lient le Tribunal dans « une catégorie de cas donnés » et que le président du Tribunal a celui de prolonger le mandat des membres du Tribunal dans les affaires dont ils sont saisis.

Le pourvoi constitue la dernière procédure engagée dans un long litige entre Bell Canada (« Bell ») et les intimés, qui a pris naissance au début des années 1990, lorsque deux syndicats, soit l’Association canadienne des employés de téléphone (« ACET ») et le Syndicat canadien des communications, de l’énergie et du papier (« SCEP »), ainsi que Femmes Action ont déposé des plaintes contre Bell, lui reprochant de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes et de contrevenir ainsi à l’art. 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6 (la « Loi »). Plus de dix ans se sont écoulés et les plaintes n’ont toujours pas été entendues par le Tribunal. Les parties ont plutôt débattu des objections soulevées par Bell relativement au Tribunal, débat qui les a amenées à trois reprises devant la Section de première instance de la Cour fédérale, à deux reprises devant la Cour d’appel fédérale et maintenant devant notre Cour.

À notre avis, les arguments de Bell ne sont pas fondés. Aucun des deux pouvoirs contestés par Bell ne compromet l’équité procédurale du Tribunal. Ni l’un ni l’autre ne contrevient non plus à un principe constitutionnel ou quasi constitutionnel applicable. Nous sommes d’avis que le pourvoi doit être rejeté et que le Tribunal doit finalement instruire les plaintes.

II. Les faits

Entre 1990 et 1994, l’ACET, le SCEP et Femmes Action ont déposé des plaintes contre Bell auprès de la Commission, alléguant que Bell verse aux femmes qui occupent certains postes un salaire inférieur à celui des hommes qui exécutent des fonctions équivalentes, contrevenant ainsi à l’art. 11 de la Loi. En mai 1996, la Commission a demandé au président du Tribunal d’instruire les plaintes.

The matter quickly became complicated. Bell applied for judicial review of the Commission's decision to refer the complaints to the Tribunal. The Federal Court, Trial Division granted Bell's application and quashed the Commission's decision: *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada* (1998), 143 F.T.R. 81. On appeal, the Federal Court of Appeal reversed this judgment and restored the Commission's decision: [1999] 1 F.C. 113. Leave to appeal to this Court was sought by Bell, but was denied: [1999] 2 S.C.R. v.

While this was occurring, a panel of Tribunal members was appointed to inquire into the original complaints. Bell brought a motion before the panel urging that the Tribunal was institutionally incapable of providing a fair hearing in accordance with the principles of natural justice. The panel dismissed the motion: *Canadian Telephone Employees Association v. Bell Canada*, Can. H.R. Trib., June 4, 1997.

Bell then applied for judicial review of the panel's decision. The Federal Court, Trial Division quashed the panel's decision: *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Assn.*, [1998] 3 F.C. 244, and ordered that there be no further proceedings in the matter until the Act had been satisfactorily amended by the legislature. At that time, the Act differed from the current legislation in two relevant respects. Firstly, it was the Minister of Justice and not the Tribunal Chairperson to whom the Act gave the discretionary power to extend Tribunal members' appointments beyond their expiry dates. McGillis J. held that, as a result, Tribunal members lacked sufficient security of tenure. Secondly, the Commission's guideline power was broader than it now is, permitting the Commission to make guidelines concerning the application of the Act in a particular case, and not only in "a class of cases". McGillis J. expressed reservations about this power, stating that it would be preferable if the guidelines were non-binding.

L'affaire s'est rapidement compliquée. Bell a demandé le contrôle judiciaire de la décision de la Commission de déférer les plaintes au Tribunal. La Section de première instance de la Cour fédérale a accueilli la demande de Bell et a annulé la décision de la Commission : *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, [1998] A.C.F. n° 312 (QL). La Cour d'appel fédérale a infirmé ce jugement et a rétabli la décision de la Commission : [1999] 1 C.F. 113. Bell a demandé l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour, ce qui lui a été refusé : [1999] 2 R.C.S. v.

Pendant ce temps, des membres du Tribunal ont été désignés pour instruire les plaintes initiales. Bell a déposé devant les membres instructeurs une requête soutenant que le Tribunal n'était pas en mesure, sur le plan institutionnel, de procéder à une audition équitable en conformité avec les principes de justice naturelle. Les membres instructeurs ont rejeté la requête : *Association canadienne des employés de téléphone c. Bell Canada*, T.C.D.P., 4 juin 1997.

Bell a ensuite demandé le contrôle judiciaire de cette décision. La Section de première instance de la Cour fédérale a annulé la décision des membres instructeurs : voir *Bell Canada c. Assoc. canadienne des employés de téléphone*, [1998] 3 C.F. 244. Puis, elle a ordonné qu'aucune autre procédure ne soit engagée dans cette affaire tant que le législateur n'aurait pas modifié la Loi de façon satisfaisante. À l'époque, la Loi différait de la loi actuelle sur deux points pertinents. Premièrement, c'était au ministre de la Justice et non au président du Tribunal que la Loi attribuait le pouvoir discrétionnaire de prolonger le mandat des membres du Tribunal. La juge McGillis a conclu que les membres du Tribunal ne bénéficiaient donc pas d'une garantie d'inamovibilité suffisante. Deuxièmement, le pouvoir de la Commission de prendre des ordonnances avait alors une portée plus étendue qu'aujourd'hui, car il permettait à la Commission de prendre des ordonnances concernant l'application de la Loi dans des cas particuliers, plutôt que seulement dans « une catégorie de cas donnés ». La juge McGillis a exprimé des réserves quant à ce pouvoir, déclarant qu'il serait préférable que les ordonnances n'aient pas force obligatoire.

5

6

7

8

The judgment of McGillis J. was appealed to the Federal Court of Appeal, but the appeal was adjourned *sine die* on June 1, 1999, in light of amendments to the Act: (1999), 246 N.R. 368. The amendments transferred the power to extend appointments of Tribunal members to the Tribunal Chairperson, and limited the Commission's guideline power so that it became only a power to issue guidelines respecting the interpretation of the Act "in a class of cases": S.C. 1998, c. 9, s. 20(2).

La décision de la juge McGillis a été portée en appel devant la Cour d'appel fédérale, mais l'appel a été ajourné *sine die* le 1^{er} juin 1999, compte tenu des modifications apportées à la Loi : (1999), 246 N.R. 368. Les modifications ont transféré au président du Tribunal le pouvoir de prolonger le mandat des membres du Tribunal et ont restreint le pouvoir de prendre des ordonnances de la Commission au simple pouvoir de prendre des ordonnances quant à l'interprétation de la Loi « [d]ans une catégorie de cas donnés » : L.C. 1998, ch. 9, par. 20(2).

9

At this time, the Commission, together with CTEA, CEP and Femmes Action, urged the Chairperson of the Tribunal to set formal hearing dates for the panel, so that the original complaints could at last be heard. Bell resisted, and a case-planning meeting before the Tribunal's Vice-chairperson was arranged at which Bell and the respondents put forward their positions. Bell argued that the 1998 amendments did not eliminate the problems of procedural fairness that had been identified by McGillis J. The Vice-chairperson rejected Bell's position, and, in an interim decision of April 26, 1999, directed that the hearings should proceed: Can. H.R. Trib., Decision No. 1 in file T503/2098.

À ce moment-là, la Commission, ainsi que l'ACET, le SCEP et Femmes Action, ont pressé le président du Tribunal de fixer des dates pour la tenue d'une audience formelle afin que les plaintes initiales puissent enfin être entendues. Bell s'y est opposé et une rencontre portant sur le déroulement de l'instance a été organisée avec le vice-président du Tribunal. Bell et les intimés ont fait connaître leurs positions lors de cette rencontre. Bell a prétendu que les modifications de 1998 n'avaient pas éliminé les problèmes d'équité procédurale relevés par la juge McGillis. Le vice-président a rejeté la position de Bell et, dans une décision provisoire rendue le 26 avril 1999, il a ordonné la tenue des audiences : T.C.D.P., décision n° 1, dossier n° T503/2098.

10

Bell then applied for judicial review of this decision. The Federal Court, Trial Division allowed the application: *Bell Canada v. Canada (Human Rights Commission)*, [2001] 2 F.C. 392. Tremblay-Lamer J. held that even the narrowed guideline power of the Commission unduly fettered the Tribunal, and that the Chairperson's discretionary power to extend appointments did not leave Tribunal members with a sufficient guarantee of tenure.

Bell a ensuite demandé le contrôle judiciaire de cette décision. La Section de première instance de la Cour fédérale a accueilli la demande : *Bell Canada c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [2001] 2 C.F. 392. La juge Tremblay-Lamer a conclu que même le pouvoir restreint de la Commission de prendre des ordonnances limitait indûment le Tribunal et que le pouvoir discrétionnaire du président de prolonger les mandats n'assurait pas une garantie suffisante d'inamovibilité aux membres du Tribunal.

11

The Commission, CTEA, CEP and Femmes Action appealed. Before the Federal Court of Appeal, Bell argued that the Tribunal violated not only the requirements of procedural fairness, but also Bell's right to a fair hearing under s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44 (reproduced in R.S.C. 1985, App. III). The Federal Court of Appeal rejected Bell's view that the Tribunal

La Commission, l'ACET, le SCEP et Femmes Action ont interjeté appel. Devant la Cour d'appel fédérale, Bell a fait valoir que le Tribunal contrevenait non seulement aux exigences de l'équité procédurale, mais également au droit de Bell à une audition impartiale prévu à l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. III). La Cour d'appel

violated the requirements of procedural fairness, and held it unnecessary to consider the arguments based on the *Canadian Bill of Rights*: [2001] 3 F.C. 481, 2001 FCA 161.

It is on appeal from this decision of the Federal Court of Appeal that the parties now appear before this Court — thirteen years after the filing of the respondents' original complaints, which still have yet to be heard.

III. Relevant Statutory Provisions

Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6

11. (1) It is a discriminatory practice for an employer to establish or maintain differences in wages between male and female employees employed in the same establishment who are performing work of equal value.

. . . .

(4) Notwithstanding subsection (1), it is not a discriminatory practice to pay to male and female employees different wages if the difference is based on a factor prescribed by guidelines, issued by the Canadian Human Rights Commission pursuant to subsection 27(2), to be a reasonable factor that justifies the difference.

27. . . .

(2) The Commission may, on application or on its own initiative, by order, issue a guideline setting out the extent to which and the manner in which, in the opinion of the Commission, any provision of this Act applies in a class of cases described in the guideline.

(3) A guideline issued under subsection (2) is, until it is revoked or modified, binding on the Commission and any member or panel assigned under subsection 49(2) with respect to the resolution of a complaint under Part III regarding a case falling within the description contained in the guideline.

48.2 (1) The Chairperson and Vice-chairperson are to be appointed to hold office during good behaviour for terms of not more than seven years, and the other members are to be appointed to hold office during good behaviour for terms of not more than five years, but the Chairperson may be removed from office by the Governor in Council for cause and the Vice-chairperson and the other members may be subject to remedial or disciplinary measures in accordance with section 48.3.

fédérale a rejeté le point de vue de Bell selon lequel le Tribunal ne satisfaisait pas aux exigences de l'équité procédurale et a conclu qu'il était inutile d'examiner les arguments fondés sur la *Déclaration canadienne des droits* : [2001] 3 C.F. 481, 2001 CAF 161.

C'est contre cette décision que les parties se pourvoient maintenant devant la Cour — treize ans après le dépôt des plaintes initiales des intimés, qui n'ont toujours pas été entendues.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6

11. (1) Constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur d'instaurer ou de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes.

. . . .

(4) Ne constitue pas un acte discriminatoire au sens du paragraphe (1) la disparité salariale entre hommes et femmes fondée sur un facteur reconnu comme raisonnable par une ordonnance de la Commission canadienne des droits de la personne en vertu du paragraphe 27(2).

27. . . .

(2) Dans une catégorie de cas donnés, la Commission peut, sur demande ou de sa propre initiative, décider de préciser, par ordonnance, les limites et les modalités de l'application de la présente loi.

(3) Les ordonnances prises en vertu du paragraphe (2) lient, jusqu'à ce qu'elles soient abrogées ou modifiées, la Commission et le membre instructeur désigné en vertu du paragraphe 49(2) lors du règlement des plaintes déposées conformément à la partie III.

48.2 (1) Le président et le vice-président du Tribunal sont nommés à titre inamovible pour un mandat maximal de sept ans et les autres membres le sont pour un mandat maximal de cinq ans, sous réserve, quant au président, de la révocation motivée que prononce le gouverneur en conseil et, quant aux autres membres, des mesures correctives ou disciplinaires prévues à l'article 48.3.

12

13

(2) A member whose appointment expires may, with the approval of the Chairperson, conclude any inquiry that the member has begun, and a person performing duties under this subsection is deemed to be a part-time member for the purposes of sections 48.3, 48.6, 50 and 52 to 58.

50. . . .

(2) In the course of hearing and determining any matter under inquiry, the member or panel may decide all questions of law or fact necessary to determining the matter.

Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44 (reproduced in R.S.C. 1985, App. III)

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

. . . .

(e) deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations;

IV. Issues

14

By order of the Chief Justice dated July 10, 2002, the following constitutional questions were stated for the Court's consideration:

- (1) Are ss. 27(2) and (3) of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, as amended, inconsistent with s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, and the constitutional principle of adjudicative independence and therefore inoperable or inapplicable?
- (2) Are ss. 48.1 and 48.2 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, as amended, inconsistent with s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, and the constitutional principle of adjudicative independence and therefore inoperable and inapplicable?

(2) Le membre dont le mandat est échu peut, avec l'agrément du président, terminer les affaires dont il est saisi. Il est alors réputé être un membre à temps partiel pour l'application des articles 48.3, 48.6, 50 et 52 à 58.

50. . . .

(2) Il tranche les questions de droit et les questions de fait dans les affaires dont il est saisi en vertu de la présente partie.

Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, ch. 44 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. III)

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

. . . .

e) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations;

IV. Les questions en litige

La Cour est saisie des questions constitutionnelles suivantes qui ont été formulées dans une ordonnance émanant de la Juge en chef en date du 10 juillet 2002 :

- (1) Les paragraphes 27(2) et (3) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6, dans sa version modifiée, sont-ils incompatibles avec l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44, ainsi qu'avec le principe constitutionnel de l'indépendance juridictionnelle et, en conséquence, sans effet ou inapplicables?
- (2) Les articles 48.1 et 48.2 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6, dans sa version modifiée, sont-ils incompatibles avec l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44, ainsi qu'avec le principe constitutionnel de l'indépendance juridictionnelle et, en conséquence, sans effet ou inapplicables?

V. Analysis

Bell argues that the power of the Commission to issue guidelines binding on the Tribunal, under ss. 27(2) and 27(3), compromises the Tribunal's independence because it places limits upon how the Tribunal can interpret the Act, and undermines the Tribunal's impartiality because the Commission is itself a party before the Tribunal. Similarly, Bell argues that the discretionary power of the Tribunal Chairperson to extend members' terms for ongoing inquiries, under ss. 48.2(1) and 48.2(2), compromises the Tribunal's independence because it threatens their security of tenure, and undermines the Tribunal's impartiality because the Chairperson may pressure such members to reach outcomes that he or she favours.

Since Bell's arguments draw upon both independence and impartiality, it will be useful to begin by discussing the distinction between these two requirements of procedural fairness.

A. *The Distinction Between Independence and Impartiality*

The requirements of independence and impartiality at common law are related. Both are components of the rule against bias, *nemo debet esse judex in propria sua causa*. Both seek to uphold public confidence in the fairness of administrative agencies and their decision-making procedures. It follows that the legal tests for independence and impartiality appeal to the perceptions of the reasonable, well-informed member of the public. Both tests require us to ask: what would an informed person, viewing the matter realistically and practically, and having thought the matter through, conclude? (See *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394, *per de Grandpré J.*, dissenting.)

The requirements of independence and impartiality are not, however, identical. As Le Dain J. wrote in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at

V. Analyse

Bell prétend que le pouvoir de la Commission de prendre des ordonnances qui lient le Tribunal en vertu des par. 27(2) et 27(3) compromet l'indépendance du Tribunal parce qu'il impose des limites quant à la manière dont le Tribunal peut interpréter la Loi et constitue une atteinte à l'impartialité du Tribunal parce que la Commission est elle-même partie devant le Tribunal. De même, Bell prétend que le pouvoir discrétionnaire du président du Tribunal, prévu aux par. 48.2(1) et 48.2(2), de permettre aux membres dont le mandat est échu de terminer les affaires dont ils sont saisis compromet l'indépendance du Tribunal parce qu'il menace leur garantie d'inamovibilité et constitue une atteinte à l'impartialité du Tribunal parce que le président pourrait exercer des pressions sur ces membres pour qu'ils rendent la décision qu'il privilégie.

Comme les arguments avancés par Bell touchent à la fois l'indépendance et l'impartialité, il est utile de commencer par l'examen de la distinction entre ces deux exigences de l'équité procédurale.

A. *La distinction entre l'indépendance et l'impartialité*

Les exigences d'indépendance et d'impartialité en common law sont reliées. Ce sont deux composantes de la règle de l'objectivité exprimée par la maxime latine *nemo debet esse judex in propria sua causa*. Elles visent toutes deux à préserver la confiance du public dans l'équité des organismes administratifs et de leurs processus décisionnels. Les critères juridiques d'appréciation de l'indépendance et de l'impartialité renvoient donc à la perception d'une personne ordinaire raisonnable et bien renseignée. Dans les deux cas, il faut se demander à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. (Voir *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, p. 394, le juge de Grandpré, dissident.)

Les exigences d'indépendance et d'impartialité ne sont toutefois pas identiques. Comme l'a affirmé le juge Le Dain dans *Valente c. La Reine*,

15

16

17

18

p. 685 (cited by Gonthier J. in 2747-3174 *Québec Inc. v. Quebec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919, at para. 41):

Although there is obviously a close relationship between independence and impartiality, they are nevertheless separate and distinct values or requirements. Impartiality refers to a state of mind or attitude of the tribunal in relation to the issues and the parties in a particular case. The word “impartial” . . . connotes absence of bias, actual or perceived. The word “independent” in s. 11(d) reflects or embodies the traditional constitutional value of judicial independence. As such, it connotes not merely a state of mind or attitude in the actual exercise of judicial functions, but a status or relationship to others, particularly to the executive branch of government, that rests on objective conditions or guarantees.

[1985] 2 R.C.S. 673, p. 685 (cité par le juge Gonthier dans 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, par. 41) :

Même s'il existe de toute évidence un rapport étroit entre l'indépendance et l'impartialité, ce sont néanmoins des valeurs ou exigences séparées et distinctes. L'impartialité désigne un état d'esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée. Le terme « impartial » [. . .] connote une absence de préjugé, réel ou apparent. Le terme « indépendant », à l'al. 11d), reflète ou renferme la valeur constitutionnelle traditionnelle qu'est l'indépendance judiciaire. Comme tel, il connote non seulement un état d'esprit ou une attitude dans l'exercice concret des fonctions judiciaires, mais aussi un statut, une relation avec autrui, particulièrement avec l'organe exécutif du gouvernement, qui repose sur des conditions ou garanties objectives.

19

As noted above, Bell challenges both the Tribunal's independence and its impartiality. However, the above discussion of the difference between the two requirements suggests that one of Bell's challenges involves a category mistake. Bell's claim that the guideline power undermines the Tribunal's independence is based upon the contention that it threatens members' independence of thought. But the requirement of independence pertains to the structure of tribunals, and to the relationship between their members and others, including members of other branches of government, such as the executive. The test does not have to do with independence of thought. A tribunal must certainly exercise independence of thought, in the sense that it must not be unduly influenced by improper considerations. But this is just another way of saying that it must be impartial. Bell's only real objection to the guideline power, then, is that it leaves the Tribunal insufficiently impartial.

Comme nous l'avons déjà souligné, Bell met en doute à la fois l'indépendance et l'impartialité du Tribunal. Toutefois, l'analyse qui précède quant à la différence entre ces deux exigences indique que l'une des objections de Bell comporte une erreur de catégorie. L'allégation de Bell voulant que le pouvoir de prendre des ordonnances constitue une atteinte à l'indépendance du Tribunal repose sur la théorie que ce pouvoir compromet l'indépendance d'esprit de ses membres. Mais l'exigence d'indépendance a trait à la structure des tribunaux et à la relation qui existe entre leurs membres et les membres des autres branches du gouvernement, comme le pouvoir exécutif. Ce critère n'a rien à voir avec l'indépendance d'esprit. Un tribunal doit certainement faire preuve d'indépendance d'esprit, en ce sens qu'il ne doit pas se laisser indûment influencer par des considérations non pertinentes. Mais il s'agit là simplement d'une autre façon de dire qu'il doit faire preuve d'impartialité. La seule véritable objection de Bell quant au pouvoir de prendre des ordonnances est donc qu'il porte atteinte à l'impartialité du Tribunal.

20

We will look first at this objection to the guideline power, and will then turn to Bell's two objections to the power of the Chairperson to extend appointments. Before doing so, however, we must determine the precise content of the requirements

Nous examinerons d'abord l'objection au pouvoir de prendre des ordonnances et nous nous pencherons ensuite sur les deux objections de Bell quant au pouvoir du président de prolonger les mandats. Auparavant, toutefois, nous devons établir

of impartiality and independence that apply to the Tribunal. How high a degree of independence is required? And what constitutes impartiality in this particular context?

B. Content of the Requirements of Procedural Fairness Applicable to the Tribunal

The requirements of procedural fairness — which include requirements of independence and impartiality — vary for different tribunals. As Gonthier J. wrote in *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, at pp. 323-24: “the rules of natural justice do not have a fixed content irrespective of the nature of the tribunal and of the institutional constraints it faces”. Rather, their content varies. As Cory J. explained in *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, at p. 636, the procedural requirements that apply to a particular tribunal will “depend upon the nature and the function of the particular tribunal” (see also *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at para. 82, and *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paras. 21-22, *per* L’Heureux-Dubé J.). As this Court noted in *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52, administrative tribunals perform a variety of functions, and “may be seen as spanning the constitutional divide between the executive and judicial branches of government” (para. 24). Some administrative tribunals are closer to the executive end of the spectrum: their primary purpose is to develop, or supervise the implementation of, particular government policies. Such tribunals may require little by way of procedural protections. Other tribunals, however, are closer to the judicial end of the spectrum: their primary purpose is to adjudicate disputes through some form of hearing. Tribunals at this end of the spectrum may possess court-like powers and procedures. These powers may bring with them stringent requirements of procedural fairness, including a higher requirement of independence (see *Newfoundland Telephone*, at p. 638,

le contenu précis des exigences d’impartialité et d’indépendance auxquelles le Tribunal est soumis. Quel est le degré d’indépendance requis? En quoi consiste l’impartialité dans ce contexte particulier?

B. Le contenu des exigences de l’équité procédurale applicables au Tribunal

Les exigences de l’équité procédurale — comprenant les exigences d’indépendance et d’impartialité — varient d’un tribunal à l’autre. Comme le juge Gonthier l’a affirmé dans *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, p. 324 : « les règles de justice naturelle n’ont pas un contenu fixe sans égard à la nature du tribunal et aux contraintes institutionnelles auxquelles il est soumis ». Au contraire, leur contenu varie. Comme le juge Cory l’a expliqué dans *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, p. 636, les exigences procédurales qui s’appliquent à un tribunal particulier « tien[nent] à la nature et à la fonction du tribunal en question » (voir également *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, par. 82, et *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 21-22, la juge L’Heureux-Dubé). Comme la Cour l’a fait remarquer dans *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52, les tribunaux administratifs exercent différentes fonctions et « [o]n peut considérer [...] qu’ils chevauchent la ligne de partage constitutionnelle entre l’exécutif et le judiciaire » (par. 24). Certains tribunaux administratifs se situent davantage à l’extrémité exécutive de l’échelle : ils sont destinés avant tout à élaborer des politiques gouvernementales particulières et à en contrôler la mise en œuvre. Ces tribunaux ne demandent pas nécessairement de bien grandes protections procédurales. D’autres tribunaux, toutefois, se situent davantage à l’extrémité judiciaire de l’échelle : ils sont destinés avant tout à régler des différends à la suite d’une audience quelconque. Les tribunaux de ce genre peuvent être dotés de procédures et de pouvoirs semblables à ceux des cours

per Cory J., and Russell v. Duke of Norfolk, [1949] 1 All E.R. 109 (C.A.)).

22

To say that tribunals span the divide between the executive and the judicial branches of government is not to imply that there are only two types of tribunals — those that are quasi-judicial and require the full panoply of procedural protections, and those that are quasi-executive and require much less. A tribunal may have a number of different functions, one of which is to conduct fair and impartial hearings in a manner similar to that of the courts, and yet another of which is to see that certain government policies are furthered. In ascertaining the content of the requirements of procedural fairness that bind a particular tribunal, consideration must be given to all of the functions of that tribunal. It is not adequate to characterize a tribunal as “quasi-judicial” on the basis of one of its functions, while treating another aspect of the legislative scheme creating this tribunal — such as the requirement that the tribunal follow interpretive guidelines that are laid down by a specialized body with expertise in that area of law — as though this second aspect of the legislative scheme were external to the true purpose of the tribunal. All aspects of the tribunal’s structure, as laid out in its enabling statute, must be examined, and an attempt must be made to determine precisely what combination of functions the legislature intended that tribunal to serve, and what procedural protections are appropriate for a body that has these particular functions.

23

The main function of the Canadian Human Rights Tribunal is adjudicative. It conducts formal hearings into complaints that have been referred to it by the Commission. It has many of the powers of a court. It is empowered to find facts, to interpret and apply the law to the facts before it, and to award appropriate remedies. Moreover, its hearings have much the same structure as a formal trial before a court. The parties before the Tribunal lead evidence, call and cross-examine witnesses, and make

de justice. Ces pouvoirs sont parfois accompagnés d’exigences rigoureuses en matière d’équité procédurale, notamment d’une exigence d’indépendance plus élevée (voir *Newfoundland Telephone*, p. 638, le juge Cory, et *Russell c. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109 (C.A.)).

Affirmer que les tribunaux chevauchent la ligne de partage entre l’exécutif et le judiciaire ne signifie pas qu’il n’existe que deux types de tribunaux — les tribunaux quasi judiciaires, qui requièrent toute la gamme des protections procédurales, et les tribunaux quasi exécutifs, qui requièrent des protections beaucoup moins importantes. Un tribunal peut exercer plusieurs fonctions différentes, dont une consiste à tenir des audiences équitables et impartiales semblables à celles des cours de justice et une autre consiste à veiller à la mise en œuvre de certaines politiques gouvernementales. Dans la détermination du contenu des exigences de l’équité procédurale auxquelles un tribunal particulier est assujéti, il faut tenir compte de l’ensemble des fonctions exercées par ce tribunal. Il est inapproprié de qualifier un tribunal de « quasi judiciaire » en raison de l’une de ses fonctions, tout en considérant un autre aspect du régime législatif qui crée ce tribunal — par exemple, l’obligation de ce tribunal de suivre les directives interprétatives établies par un organisme spécialisé ayant une expertise dans ce domaine du droit — comme si cet aspect était étranger à l’objectif véritable du tribunal. Il faut examiner tous les aspects de la structure du tribunal prévus dans sa loi habilitante et tenter d’établir précisément quelle combinaison de fonctions le législateur a voulu que ce tribunal exerce et quelles protections procédurales conviennent à un organisme investi de ces fonctions particulières.

La principale fonction du Tribunal canadien des droits de la personne est de nature juridictionnelle. Il tient des audiences formelles sur les plaintes dont il est saisi par la Commission. Il détient plusieurs des pouvoirs d’une cour de justice. Il est habilité à statuer sur des faits, à interpréter et à appliquer le droit aux faits qui lui sont soumis et à accorder les redressements appropriés. De plus, ses audiences sont structurées sensiblement de la même façon qu’un procès formel devant une cour de justice. Les

submissions on how the law should be applied to the facts. The Tribunal is not involved in crafting policy, nor does it undertake its own independent investigations of complaints: the investigative and policy-making functions have deliberately been assigned by the legislature to a different body, the Commission.

The fact that the Tribunal functions in much the same way as a court suggests that it is appropriate for its members to have a high degree of independence from the executive branch. A high degree of independence is also appropriate given the interests that are affected by proceedings before the Tribunal — such as the dignity interests of the complainant, the interest of the public in eradicating discrimination, and the reputation of the party that is alleged to have engaged in discriminatory practices. There is no indication in the Act that the legislature intended anything less than a high degree of independence of Tribunal members. Members' remuneration is fixed by the Governor in Council, and is not subject to their performance on the Tribunal: s. 48.6(1). Members hold office for a fixed term of up to five years (or up to seven years, in the case of the Chairperson and Vice-chairperson) (s. 48.2(1)); and their terms may only be extended to enable them to finish a hearing that they have already commenced. Further, the Chairperson is removable only for cause; and before a member is disciplined or removed, the Chairperson may request the Minister of Justice to look into the situation, who in turn may request the Governor in Council to appoint a judge to conduct a full inquiry (s. 48.3). All of these features of the statutory scheme suggest that the legislature intended the Tribunal to exhibit a high degree of independence from the executive branch.

We turn now to impartiality. The same test applies to the issue of impartiality as applies to independence (*R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 143, *per* Lamer C.J., citing *Valente*, *supra*, at pp. 684 and 689). Whether the Tribunal is impartial depends upon whether it meets the test set out by

parties en présence devant le tribunal présentent une preuve, font entendre et contre-interrogent des témoins, et présentent des observations sur l'application du droit aux faits. Le Tribunal ne participe pas à l'élaboration des politiques et ne mène pas ses propres enquêtes indépendantes sur les plaintes : le législateur a délibérément attribué les fonctions d'enquête et d'élaboration de politiques à un organisme différent, soit la Commission.

Le fait que le Tribunal fonctionne sensiblement de la même manière qu'une cour de justice indique qu'il convient que ses membres jouissent d'un degré élevé d'indépendance par rapport à l'exécutif. Un degré élevé d'indépendance est également opportun compte tenu des droits qui sont touchés par les procédures engagées devant le Tribunal — comme le droit du plaignant à sa dignité, l'intérêt du public à ce que la discrimination soit éliminée et la réputation de la partie à qui on reproche des actes discriminatoires. Rien n'indique dans la Loi que le législateur avait l'intention de ne pas accorder un degré élevé d'indépendance aux membres du Tribunal. La rémunération de ses membres est fixée par le gouverneur en conseil et ne dépend pas de leur rendement au Tribunal : voir par. 48.6(1). Les membres sont nommés pour une période fixe d'au plus cinq ans (ou d'au plus sept ans, dans le cas du président et du vice-président) (par. 48.2(1)); leur mandat ne peut être prolongé que pour leur permettre de terminer les affaires dont ils sont saisis. De plus, le président ne peut être révoqué que pour un motif déterminé; et un membre ne peut être révoqué ni soumis à des mesures disciplinaires avant que le président exerce son pouvoir de demander au ministre de la Justice d'examiner la situation et que le ministre demande au gouverneur en conseil de nommer un juge qui mènera une enquête complète (art. 48.3). Toutes ces caractéristiques du régime législatif indiquent que le législateur voulait que le Tribunal fasse preuve d'un degré élevé d'indépendance par rapport à l'exécutif.

Examinons maintenant la question de l'impartialité. Le critère qui s'applique à la question de l'impartialité est le même que celui qui s'applique à la question de l'indépendance (*R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 143, le juge en chef Lamer, citant *Valente*, précité, p. 684 et 689). Le tribunal est impartial s'il

24

25

de Grandpré J. in *Committee for Justice and Liberty*, *supra*, at p. 394: would a well-informed person, viewing the matter realistically and practically, have a reasonable apprehension of bias in a substantial number of cases? As Lamer C.J. stated in *Lippé*, allegations of institutional bias can be brought only where the impugned factor will give a fully informed person a reasonable apprehension of bias in a substantial number of cases (p. 144).

satisfait au critère établi par le juge de Grandpré dans *Committee for Justice and Liberty*, précité, p. 394 : une personne bien renseignée qui étudierait la question de façon réaliste et pratique éprouverait-elle une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas? Le juge en chef Lamer a précisé, dans *Lippé*, que des allégations de partialité sur le plan institutionnel ne peuvent être formulées que si le facteur contesté créerait une crainte raisonnable de partialité chez une personne parfaitement informée dans un grand nombre de cas (p. 144).

26

In answering this question, we must attend not only to the adjudicative function of the Tribunal, but also to the larger context within which the Tribunal operates. The Tribunal is part of a legislative scheme for identifying and remedying discrimination. As such, the larger purpose behind its adjudication is to ensure that governmental policy on discrimination is implemented. It is crucial, for this larger purpose, that any ambiguities in the Act be interpreted by the Tribunal in a manner that furthers, rather than frustrates, the Act's objectives. For instance, as the intervenor Canadian Labour Congress argued before this Court, it would be counterproductive if the Tribunal were, in pay equity disputes, to compare the value of different forms of work using a method that itself rests on discriminatory attitudes. This would perpetuate discrimination, rather than helping to eradicate it. In endowing the Commission with the power to issue interpretive guidelines, and in binding the Tribunal to observe these guidelines, the legislature has attempted to guard against this possibility. The Act therefore evinces a legislative intent, not simply to establish a Tribunal that functions by means of a quasi-judicial process, but also to limit the interpretive powers of the Tribunal in order to ensure that the legislation is interpreted in a non-discriminatory way. The fact that the legislature regarded such limits as necessary for the fulfilment of the ultimate purpose of the Act must be borne in mind in determining precisely which sorts of fetters on the Tribunal's decision-making power adversely affect its impartiality, and which do not.

En répondant à cette question, nous devons tenir compte non seulement de la fonction juridictionnelle du Tribunal, mais aussi du contexte plus large dans lequel le Tribunal exerce ses activités. Le Tribunal fait partie d'un régime législatif visant à identifier les pratiques discriminatoires et à y remédier. À ce titre, l'objectif plus général qui sous-tend sa fonction juridictionnelle consiste à veiller à la mise en œuvre de la politique gouvernementale en matière de discrimination. Il est crucial, pour atteindre cet objectif plus général, que toute ambiguïté dans la Loi soit interprétée par le Tribunal d'une manière qui favorise plutôt que de contrecarrer la réalisation des objectifs de la Loi. Par exemple, comme le Congrès du travail du Canada l'a soutenu devant notre Cour en qualité d'intervenant, il ne servirait à rien que le Tribunal compare, dans les litiges en matière d'équité salariale, la valeur de différentes formes de travail en utilisant une méthode qui, elle-même, repose sur des attitudes discriminatoires. Il perpétuerait ainsi la discrimination plutôt que de l'éradiquer. En attribuant à la Commission le pouvoir de prendre des ordonnances interprétatives et en obligeant le Tribunal à observer ces ordonnances, le législateur a tenté d'exclure cette éventualité. Par conséquent, la Loi témoigne de l'intention du législateur non seulement d'établir un tribunal qui fonctionne selon un processus quasi judiciaire, mais également de limiter les pouvoirs d'interprétation du Tribunal afin de s'assurer que la loi soit interprétée de manière non discriminatoire. Il faut garder à l'esprit que le législateur a estimé ces limites nécessaires pour réaliser l'objectif ultime de la Loi lorsqu'on détermine précisément quelles limites au pouvoir décisionnel du Tribunal portent atteinte à son impartialité et lesquelles la laissent intacte.

Our analysis has, thus far, looked to the statute and its overall purpose in determining the appropriate content for the requirements of independence and impartiality that apply to the Tribunal. However, the content of the requirements of procedural fairness applicable to a given tribunal depends not only upon the enabling statute but also upon applicable quasi-constitutional and constitutional principles.

Here, the *Canadian Bill of Rights*, quasi-constitutional legislation, applies. Section 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* requires that parties be given a “fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice”. Canadian courts have held that the content of s. 2(e) is established by reference to common law principles of natural justice (*Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pp. 229-30; *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.*, [1990] 2 F.C. 641 (C.A.), at pp. 663-64). As the parties in the case at bar did not suggest that the guarantees of independence and impartiality under s. 2(e) would in this case differ from the common law requirements of procedural fairness, it is unnecessary for us here to devote separate discussion to the *Canadian Bill of Rights*.

Bell also argues that the Tribunal is bound by a constitutional principle — the “unwritten principle of judicial independence” — which confers on it the same degree of independence as a court established under s. 96 of the *Constitution Act, 1867: Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3. Bell presents no authority for this argument. As an administrative tribunal subject to the supervisory powers of s. 96 courts, the Tribunal does not have to replicate all features of a court. As discussed above, the legislature has conferred a high degree of independence on the Tribunal, stopping short of constituting it as a court, but nevertheless supporting it by safeguards adequate to its function.

Bell suggests, in the alternative, that the constitutional principle applies and holds the Tribunal to the

Jusqu’à maintenant, nous avons analysé la loi et son objectif général pour établir le contenu des exigences d’indépendance et d’impartialité auxquelles le Tribunal est soumis. Toutefois, le contenu des exigences d’équité procédurale qu’un tribunal donné doit respecter dépend non seulement de sa loi habilitante, mais également des principes quasi constitutionnels et constitutionnels applicables.

En l’espèce, la *Déclaration canadienne des droits*, qui est une loi quasi constitutionnelle, s’applique. L’alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* prévoit qu’une partie a droit à « une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale ». Les tribunaux canadiens ont conclu que le contenu des exigences de l’al. 2e) est établi en fonction des principes de justice naturelle reconnus en common law (*Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, p. 229-230; *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*, [1990] 2 C.F. 641 (C.A.), p. 663-664). Les parties n’ayant pas laissé entendre que les garanties d’indépendance et d’impartialité visées à l’al. 2e) diffèreraient en l’espèce des exigences de l’équité procédurale en common law, il n’est pas nécessaire que nous examinions séparément la *Déclaration canadienne des droits*.

Bell prétend également que le Tribunal est lié par un principe constitutionnel — le « principe non écrit de l’indépendance de la magistrature » — qui lui attribue le même degré d’indépendance qu’à un tribunal visé à l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867 : Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3. Bell ne cite aucune source à l’appui de cet argument. En sa qualité de tribunal administratif assujéti au pouvoir de surveillance des tribunaux visés par l’art. 96, le Tribunal ne doit pas obligatoirement présenter toutes les caractéristiques d’une cour de justice. Comme nous l’avons déjà mentionné, le législateur a conféré un niveau élevé d’indépendance au Tribunal, sans aller jusqu’à en faire une cour de justice, mais en lui assurant néanmoins l’appui de protections adaptées à sa fonction.

Bell a fait valoir, subsidiairement, que ce principe constitutionnel s’applique et assujétit le Tribunal

27

28

29

30

standard of common law procedural fairness. Since, as discussed below (at para. 53), the common law standard is met, this submission does not advance Bell's argument.

31 This discussion shows that the Tribunal, though not bound to the highest standard of independence by the unwritten constitutional principle of adjudicative independence, must act impartially and meet a relatively high standard of independence, both at common law and under s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*.

32 We turn now to Bell's challenges to the Tribunal.

C. *The Guideline Power*

33 Bell alleges that the Commission's power to issue binding guidelines regarding the proper interpretation of the Act undermines the Tribunal's impartiality. In Bell's words, this provision "usurps the power of the Tribunal to make its own decisions concerning the interpretation and application of the Act". Moreover, Bell argues, it is problematic that the Commission, the body that directs the Tribunal in its interpretation of the Act, also appears before the Tribunal as a party.

34 It is unclear exactly what objection Bell is making here. On one reading, Bell's objection lies simply with the fact that the Tribunal is "fettered" — that is, that it does not have full freedom to interpret the Act in whatever manner that it wishes, unconstrained by any other body. On a second reading, the objection is rather that the fact that the Commission has the power to issue binding guidelines may make the Tribunal more likely to favour the Commission in the proceedings before it. On a third reading, the objection is simply to the fact that Parliament has placed in one and the same body the functions of investigating complaints, formulating guidelines, and acting as prosecutor in hearings before the Tribunal. The objection is that this overlap of functions itself gives rise to a reasonable apprehension of bias. Finally, on a fourth reading, Bell is objecting

à la norme de l'équité procédurale en common law. Étant donné que la norme fixée par la common law est respectée, comme nous l'expliquons au par. 53, cette prétention n'est d'aucun secours pour Bell.

La présente analyse montre que le Tribunal, bien qu'il ne soit pas assujéti à la norme d'indépendance la plus élevée par application du principe constitutionnel non écrit de l'indépendance juridictionnelle, doit agir de façon impartiale et satisfaire à une norme d'indépendance relativement élevée, aussi bien en vertu de la common law qu'en vertu de l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*.

Nous examinerons maintenant les objections soulevées par Bell relativement au Tribunal.

C. *Le pouvoir de prendre des ordonnances*

Bell prétend que le pouvoir de la Commission de prendre des ordonnances ayant force obligatoire quant à l'interprétation juste de la Loi constitue une atteinte à l'impartialité du Tribunal. Selon Bell, cette disposition [TRADUCTION] « usurpe le pouvoir du Tribunal de prendre ses propres décisions concernant l'interprétation et l'application de la Loi ». De plus, selon Bell, le fait que la Commission, l'organisme qui dirige le Tribunal dans son interprétation de la Loi, comparaisse aussi devant le Tribunal en qualité de partie constitue un problème.

On ne comprend pas très bien en quoi consiste l'objection de Bell en l'espèce. Selon une première interprétation, l'objection de Bell réside simplement dans le fait que le Tribunal est [TRADUCTION] « limité » — c'est-à-dire qu'il n'est pas complètement libre d'interpréter la Loi à sa guise, sans contrainte émanant d'un autre organisme. Selon une deuxième interprétation, son objection a plutôt trait au fait que le pouvoir de la Commission de prendre des ordonnances obligatoires risque d'inciter le Tribunal à privilégier davantage la Commission dans les instances dont il est saisi. Selon une troisième interprétation, l'objection tient simplement au fait que le Parlement a confié à un seul et même organisme les fonctions d'enquêter sur les plaintes, de formuler des ordonnances et d'agir comme poursuivant dans les audiences devant le Tribunal. Son

that the Commission may use its guideline power to manipulate the outcome of a particular case, to ensure that it succeeds as prosecutor. We shall consider each of these versions of the objection, in turn.

In oral argument, counsel for Bell stated repeatedly that the guideline power “fetters” the Tribunal in its application of the Act. This assumes that the sole mandate of the Tribunal is to apply the Act, and not also to apply any other forms of law that the legislature has deemed relevant — such as guidelines. This assumption is mistaken. If the guidelines issued by the Commission are a form of law, then the Tribunal is bound to apply them, and it is no more accurate to say that they “fetter” the Tribunal than it is to suggest that the common law “fetters” ordinary courts because it prevents them from deciding the cases before them in any way they please.

It might be contended that ss. 27(2) and 27(3) of the Act do not adequately empower the Commission to issue valid subordinate legislation, and that consequently, the guidelines are not “law”. In our view, this view is incorrect. The guidelines issued by the Commission under the Act are indistinguishable from regulations issued by other administrative bodies (see *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [2000] 1 F.C. 146 (T.D.), at paras. 136-41, *per* Evans J., as he then was). They are, like regulations, of general application: indeed, under the amended s. 27(2), they must pertain always to “a class of cases”. Like regulations, the Commission’s guidelines are subject to the *Statutory Instruments Act*, R.S.C. 1985, c. S-22, and must be published in the *Canada Gazette*. Moreover, the process that is followed in formulating particular guidelines resembles the legislative process, involving formal consultations with interested parties and revision of the draft guidelines in light of these consultations. The *Equal Wages Guidelines*, 1986, SOR/86-1082, for instance, were the result of

objection porte que ce cumul de fonctions suscite en soi une crainte raisonnable de partialité. Enfin, selon une quatrième interprétation, Bell fait valoir que la Commission peut utiliser son pouvoir de prendre des ordonnances pour influencer l’issue d’une instance donnée afin d’assurer sa victoire en tant que poursuivant. Nous examinerons tour à tour chacune de ces interprétations.

Au cours des plaidoiries, l’avocat de Bell a déclaré à plusieurs reprises que le pouvoir de prendre des ordonnances « limite » le Tribunal dans son application de la Loi. Cela suppose que le mandat du Tribunal consiste à n’appliquer que la Loi, à l’exclusion de toute autre forme de mesures législatives que le législateur a jugé pertinentes — comme les ordonnances. Cette supposition est erronée. Si les ordonnances prises par la Commission constituent une forme de mesures législatives, le Tribunal est tenu de les appliquer et il n’est pas plus juste d’affirmer qu’elles « limitent » le Tribunal que d’affirmer que la common law « limite » les cours de justice ordinaires parce qu’elle les empêche de juger selon leur fantaisie les affaires dont elles sont saisies.

On pourrait prétendre que les par. 27(2) et 27(3) de la Loi ne confèrent pas à la Commission un pouvoir de législation subordonnée valable et que, par conséquent, les ordonnances ne sont pas des « mesures législatives ». À notre avis, cette opinion est erronée. On ne peut faire aucune distinction entre les ordonnances prises par la Commission en vertu de la Loi et les règlements pris par d’autres organismes administratifs (voir *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [2000] 1 C.F. 146 (1^{re} inst.), par. 136-141, le juge Evans (maintenant juge à la Cour d’appel fédérale). Tout comme les règlements, elles sont d’application générale : en effet, en vertu du par. 27(2), dans sa version modifiée, elles doivent toujours avoir trait à « une catégorie de cas donnés ». À l’instar des règlements, les ordonnances prises par la Commission sont assujetties à la *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. 1985, ch. S-22, et doivent être publiées dans la *Gazette du Canada*. De plus, le processus suivi pour formuler des ordonnances particulières

35

36

consultation with some 70 organizations, including Bell. The Commission met with all organizations who requested a meeting; and, as a direct result of the consultation process, Commission staff made changes to the draft guidelines prior to their submission to the Commission for approval.

ressemble au processus législatif, c'est-à-dire qu'il comporte la tenue de consultations officielles auprès des parties intéressées et une révision des projets d'ordonnances à la lumière de ces consultations. L'*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale*, DORS/86-1082, par exemple, a été le fruit d'une consultation menée auprès d'environ 70 organismes, dont Bell. La Commission a rencontré tous les organismes qui le lui avaient demandé et, comme conséquence directe de ce processus de consultation, le personnel de la Commission a apporté des modifications au projet d'ordonnance avant de le présenter à la Commission pour approbation.

37 While it may have been more felicitous for Parliament to have called the Commission's power a power to make "regulations" rather than a power to make "guidelines", the legislative intent is clear. A functional and purposive approach to the nature of these guidelines reveals that they are a form of law, akin to regulations. It is also worth noting that the word used in the French version of the Act is *ordonnance* — which leaves no doubt that the guidelines are a form of law.

Malgré qu'il eût été préférable que le Parlement qualifie le pouvoir de la Commission de pouvoir d'édicter des « règlements » plutôt que de pouvoir de prendre des « ordonnances », l'intention du législateur est claire. Une analyse fonctionnelle de la nature de ces ordonnances, axée sur leur objet, révèle qu'elles constituent une forme de mesures législatives apparentées aux règlements. Il est aussi intéressant de noter le choix du mot « ordonnance » dans la version française de la Loi comme équivalent du terme anglais *guidelines* — choix qui ne laisse aucun doute sur le fait que les ordonnances constituent une forme de mesures législatives.

38 The objection that the guideline power unduly fetters the Tribunal overlooks the fact that guidelines are a form of law. It also mistakenly conflates impartiality with complete freedom to decide a case in any manner that one wishes. Being fettered by law does not render a tribunal partial, because impartiality does not consist in the absence of all constraints or influences. Rather, it consists in being influenced only by relevant considerations, such as the evidence before the Tribunal and the applicable laws. As Scalia J. pointed out in *Liteky v. United States*, 510 U.S. 540 (1994), at p. 550, the words "bias" and "partiality" "connote a favorable or unfavorable disposition or opinion that is somehow *wrongful* or *inappropriate*, either because it is undeserved, or because it rests upon knowledge that the subject ought not to possess" (emphasis in the original). Similarly, as Cory J. emphasized in *R. v.*

L'objection voulant que le pouvoir de prendre des ordonnances limite indûment le Tribunal ne tient pas compte du fait que les ordonnances constituent une forme de mesures législatives. Elle confond également à tort l'impartialité du tribunal avec la liberté complète de juger une affaire à sa guise. Le tribunal n'est pas partial du seul fait qu'il est limité par la loi, car l'impartialité ne tient pas à l'absence de toutes limites ou influences. Au contraire, elle consiste à n'être influencé que par des considérations pertinentes, telles la preuve soumise au Tribunal et les règles de droit applicables. Comme le juge Scalia l'a souligné dans *Liteky c. United States*, 510 U.S. 540 (1994), p. 550, les termes « préjugé » et « partialité » [TRADUCTION] « connotent une disposition ou une opinion favorable ou défavorable qui, pour une raison ou une autre, est *erronée* ou *inappropriée*, soit parce qu'elle est injustifiée ou

S. (R.D.), [1997] 3 S.C.R. 484, at para. 119, not all predispositions amount to “bias”. Predispositions that simply reflect applicable law do not undermine impartiality. On the contrary, they help to preserve it. Hence, the fact that the Tribunal must apply all relevant law, including guidelines formulated by the Commission, does not on its own raise a reasonable apprehension of bias.

The second version of Bell’s objection is that the Tribunal is more likely to favour the Commission during a hearing because the Commission has the power to issue guidelines that bind it. It is not evident to us why this would be so. When the Commission appears before the Tribunal, it is in no different a position from any representative of the government who appears before an administrative board or court. The public does not, in other contexts, assume that a decision-maker will favour submissions by government representatives simply because the decision-maker must apply laws that the government has made. The Tribunal seems no more likely to be biased in favour of the Commission because the Commission provides the Tribunal’s guidelines than it is likely to be biased in favour of Bell because Bell provides the Tribunal’s phone service.

On a third interpretation, Bell objects that Parliament has placed in one and the same body the function of formulating guidelines, investigating complaints, and acting as prosecutor before the Tribunal. Bell is correct in suggesting that the Commission shares these functions. However, this overlapping of different functions in a single administrative agency is not unusual, and does not on its own give rise to a reasonable apprehension of bias (see *Régie des permis d’alcool*, *supra*, at paras. 46-48, *per* Gonthier J.; *Newfoundland Telephone*, *supra*, at p. 635, *per* Cory J.; *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301). As McLachlin C.J. observed in *Ocean Port*, *supra*, at para. 41, “[t]he overlapping of investigative, prosecutorial

qu’elle repose sur des connaissances que le sujet ne devrait pas posséder » (en italique dans l’original). De même, comme l’a fait ressortir le juge Cory dans *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 119, toute prédisposition n’est pas nécessairement synonyme de « partialité ». Les prédispositions qui ne font que refléter le droit applicable ne compromettent pas l’impartialité. Au contraire, elles contribuent à la protéger. Par conséquent, le fait que le Tribunal doive appliquer toutes les mesures législatives applicables, notamment les ordonnances formulées par la Commission, n’engendre pas en soi une crainte raisonnable de partialité.

La deuxième interprétation de l’objection de Bell est que le Tribunal est plus susceptible de privilégier la Commission lors d’une audience parce que la Commission a le pouvoir de prendre des ordonnances qui le lient. Nous ne voyons pas très bien pourquoi il en serait ainsi. Lorsque la Commission comparaît devant le Tribunal, elle n’est pas dans une situation différente de tout représentant du gouvernement qui comparaît devant un tribunal ou un organisme administratif. Le public, dans d’autres contextes, ne présume pas que le décideur privilégiera les arguments des représentants du gouvernement simplement parce que le décideur doit appliquer les lois que le gouvernement a édictées. Le Tribunal ne semble pas plus susceptible de privilégier la Commission parce qu’elle lui fournit des ordonnances que de privilégier Bell parce que celle-ci lui fournit le service téléphonique.

Selon la troisième interprétation, Bell fait valoir que le Parlement a confié à un seul et même organisme les fonctions d’enquêter sur les plaintes, de formuler des ordonnances et d’agir comme poursuivant devant le Tribunal. Bell a raison d’affirmer que la Commission exerce toutes ces fonctions. Toutefois, ce cumul de fonctions différentes au sein d’un seul organisme administratif n’est pas inhabituel et n’engendre pas en soi une crainte raisonnable de partialité (voir *Régie des permis d’alcool*, précité, par. 46-48, le juge Gonthier; *Newfoundland Telephone*, précité, p. 635, le juge Cory; *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301). Comme la juge en chef McLachlin l’a fait remarquer dans *Ocean Port*, précité, par. 41, « [l]e

39

40

and adjudicative functions in a single agency is frequently necessary for [an administrative agency] to effectively perform its intended role”.

41

Indeed, it may be that the overlapping of functions in the Commission is the legislature’s way of ensuring that both the Commission and the Tribunal are able to perform their intended roles. In *Public Service Alliance*, *supra*, Evans J. noted that although it was unusual for Parliament to have conferred the power to make subordinate legislation on the Commission and not the Governor in Council, Parliament must have contemplated that “the expertise that the Commission will have acquired in the discharge of its statutory responsibilities for human rights research and public education, and for processing complaints up to the point of adjudication” (para. 140) was necessary in the formulation of the guidelines, and was more important than certain other goals. In our view, Evans J.’s conjecture regarding Parliamentary intent is correct. The Commission is responsible, among other things, for maintaining close liaisons with similar bodies in the provinces, for considering recommendations from public interest groups and any other bodies, and for developing programs of public education (s. 27(1)). These collaborative and educational responsibilities afford it extensive awareness of the needs of the public, and extensive knowledge of developments in anti-discrimination law at the federal and provincial levels. Placing the guideline power in the hands of the Commission may therefore have been Parliament’s way of ensuring that the Act would be interpreted in a manner that was sensitive to the needs of the public and to developments across the country, and hence, that it would be interpreted by the Tribunal in the manner that best furthered the aims of the Act as a whole.

42

This point is related to our earlier discussion of the importance of considering the aims of the Act as a whole, in assessing whether the requirement

cumul de fonctions d’enquête, de poursuite et de décision au sein d’un organisme est souvent nécessaire pour permettre à un [organisme] administratif de remplir efficacement son rôle ».

En effet, il se peut que le cumul des fonctions de la Commission soit la solution choisie par le législateur pour s’assurer que la Commission et le Tribunal soient en mesure de jouer le rôle qui leur est dévolu. Dans *Alliance de la fonction publique*, précité, le juge Evans a fait remarquer que, bien qu’il soit inhabituel pour le Parlement de conférer le pouvoir de prendre de mesures législatives subordonnées à la Commission plutôt qu’au gouverneur en conseil, le Parlement a dû considérer que « l’expertise que la Commission acquerrait en s’acquittant des responsabilités qu’il lui conférerait par voie législative en matière de recherche et d’éducation du public sur les droits de la personne et de traitement des plaintes, pouvant aller jusqu’au litige » (par. 140), était nécessaire pour la formulation des ordonnances et l’emportait sur certains autres objectifs. À notre avis, la supposition faite par le juge Evans quant à l’intention du Parlement est juste. La Commission est responsable notamment du maintien de relations étroites avec les organismes provinciaux de même nature, de l’examen des recommandations faites par les groupes de défense de l’intérêt public et tout autre organisme, et de l’élaboration de programmes de sensibilisation publique (par. 27(1)). Ces fonctions de collaboration et d’éducation lui permettent d’acquérir une conscience aiguë des besoins du public et une excellente connaissance de l’évolution du droit fédéral et provincial en matière de lutte contre la discrimination. Par conséquent, il se peut que le Parlement ait choisi de confier le pouvoir de prendre des ordonnances à la Commission dans le but de s’assurer que la Loi reçoive une interprétation qui tienne compte des besoins du public et de l’évolution du droit à l’échelle nationale et, par le fait même, que le Tribunal l’interprète de façon à favoriser la réalisation des objectifs de la Loi dans son ensemble.

Ce point est lié à notre précédente analyse sur l’importance de tenir compte des objectifs de la Loi dans son ensemble pour déterminer si

of impartiality has been met. We noted there that the Act's ultimate aim of identifying and rectifying instances of discrimination would only be furthered if ambiguities in the Act were interpreted in a manner that furthered, rather than frustrated, the identification of discriminatory practices. If, as the Act suggests, this can best be accomplished by giving the Commission the power to make interpretive guidelines that bind the Tribunal, then the overlapping of functions in the Commission plays an important role. It does not result in a lack of impartiality, but rather helps to ensure that the Tribunal applies the Act in the manner that is most likely to fulfill the Act's ultimate purpose.

We note in passing that, given the relatively small volume of s. 11 equal pay cases adjudicated by the Tribunal, the promulgation of guidelines by the Commission has likely provided parties with a sense of their rights and obligations under the Act in a more efficient and clearer way than would an incremental development of informal guidelines by the Tribunal itself, through its decisions in particular cases.

Bell's real objection may be that placing the guideline power and the prosecutorial function in a single agency allows the Commission to manipulate the outcome of a hearing in its favour.

This version of Bell's objection might have been stronger had Bell provided some evidence that, in practice, the Commission had attempted to use the guidelines to influence the Tribunal's views toward it (see *Katz v. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 S.C.R. 405, and *Matsqui Indian Band*, *supra*, at paras. 117-24, *per* Sopinka J.). No such evidence was provided in this case. Indeed, since the only guidelines that apply to the complaints brought against Bell are the *Equal Wages Guidelines*, 1986, which were introduced several years before the complaints against Bell were brought, it is difficult to see how these guidelines could have been

l'exigence d'impartialité est respectée. Nous avons souligné dans cette analyse que l'objectif ultime de la Loi, soit identifier et corriger les cas de discrimination, ne serait atteint que si les ambiguïtés de la Loi étaient interprétées d'une façon qui va favoriser plutôt que contrecarrer l'identification des pratiques discriminatoires. Si, comme la Loi le laisse croire, la meilleure façon d'y arriver consiste à donner à la Commission le pouvoir de prendre des ordonnances interprétatives qui lient le Tribunal, le cumul des fonctions au sein de la Commission joue un rôle important. Il ne crée pas un manque d'impartialité, mais permet plutôt de s'assurer que le Tribunal applique la Loi de la manière la plus susceptible de permettre la réalisation de son objectif ultime.

Nous soulignons en passant que, compte tenu du nombre relativement peu élevé de cas tranchés par le Tribunal en matière de disparité salariale sous le régime de l'art. 11, les ordonnances de la Commission ont probablement permis aux parties de comprendre les droits et obligations que leur attribue la Loi plus efficacement et plus clairement que ne le leur permettrait l'élaboration progressive, par le tribunal lui-même, de lignes directrices qui se dégageraient de ses décisions dans des cas particuliers.

Bell fait peut-être valoir en réalité que le fait de confier le pouvoir de prendre des ordonnances et la fonction de poursuivre à un seul et même organisme permet à la Commission d'influencer l'issue d'une audience en sa faveur.

Cette interprétation de la prétention de Bell aurait peut-être été plus convaincante si Bell avait fourni des éléments de preuve démontrant que la Commission avait, en pratique, tenté d'utiliser les ordonnances pour infléchir l'opinion du Tribunal (voir *Katz c. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 R.C.S. 405, et *Bande indienne de Matsqui*, précité, par. 117-124, le juge Sopinka). Or, aucun élément de preuve de cette nature n'a été produit en l'espèce. En fait, comme la seule ordonnance qui s'applique aux plaintes portées contre Bell est l'*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale*, entrée en vigueur plusieurs années avant le dépôt des plaintes contre

43

44

45

formulated with the aim of unduly influencing the Tribunal against Bell.

46

In suggesting that the Commission could misuse its guideline power in this way, and that the misuse could remain undetected, Bell seems to be overestimating the breadth of the guideline power. Indeed, counsel for Bell suggested in oral argument that the guideline power would permit the Commission effectively to repeal provisions of the Act. Counsel also argued that the guideline power might be used to strip away any procedural protections guaranteed in the Act, and that the Tribunal has no power to “escape the fetters of any guidelines imposed on it by declaring them *ultra vires* the Commission”.

47

As the Commission has readily acknowledged, the guideline power is constrained. The Commission, like other bodies to whom the power to make subordinate legislation has been delegated, cannot exceed the power that has been given to it and is subject to strict judicial review: *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674. The Tribunal can, and indeed must, refuse to apply guidelines that it finds to be *ultra vires* the Commission as contrary to the Commission’s enabling legislation, the Act, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Canadian Bill of Rights*. The Tribunal’s power to “decide all questions of law or fact necessary to determining the matter” under s. 50(2) of the Act is clearly a general power to consider questions of law, including questions pertaining to the *Charter* and the *Canadian Bill of Rights*: see *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854. No invalid law binds the Tribunal. Moreover, the Commission’s guidelines, like all subordinate legislation, are subject to the presumption against retroactivity. Since the Act does not contain explicit language indicating an intent to dispense with this presumption, no guideline can apply retroactively. This is a significant bar to attempting to influence a case that is currently being prosecuted before the Tribunal by promulgating a new guideline. Finally,

Bell, il est difficile de voir comment cette ordonnance aurait pu être formulée dans le but d’influencer indûment le Tribunal contre Bell.

En laissant entendre que la Commission pourrait ainsi utiliser son pouvoir de rendre des ordonnances à mauvais escient, et que cet usage abusif pourrait ne pas être décelé, Bell semble surestimer la portée du pouvoir de prendre des ordonnances. En effet, l’avocat de Bell a laissé entendre dans sa plaidoirie que le pouvoir de prendre des ordonnances permettrait à la Commission d’abroger, de fait, des dispositions de la Loi. L’avocat a également fait valoir que le pouvoir de prendre des ordonnances pourrait être utilisé pour écarter toute protection procédurale assurée par la Loi et que le Tribunal n’est pas habilité à [TRADUCTION] « se soustraire aux limites fixées par les ordonnances qui lui sont imposées en les déclarant *ultra vires* des pouvoirs de la Commission ».

Comme la Commission l’a d’emblée reconnu, le pouvoir de prendre des ordonnances est limité. À l’instar d’autres organismes investis d’un pouvoir de législation déléguée, la Commission ne peut pas outrepasser le pouvoir qui lui a été conféré et elle est soumise à un contrôle judiciaire rigoureux : *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674. Le Tribunal peut et, en fait, doit refuser d’appliquer les ordonnances qui, à son avis, outrepassent les pouvoirs de la Commission parce qu’elles vont à l’encontre de ses lois habilitantes, c’est-à-dire la Loi, la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Déclaration canadienne des droits*. Le pouvoir de « tranche[r] les questions de droit et les questions de fait dans les affaires dont il est saisi », conféré au Tribunal par le par. 50(2) de la Loi, est manifestement un pouvoir général d’examiner des questions de droit, notamment des questions relatives à la *Charte* et à la *Déclaration canadienne des droits* : voir *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854. Aucune loi invalide ne lie le Tribunal. De plus, les ordonnances prises par la Commission, comme toute mesure législative subordonnée, sont assujetties à la présomption d’absence d’effet rétroactif. Étant donné que la Loi ne contient pas de termes précis qui traduiraient l’intention de renoncer à cette présomption, aucune ordonnance

any party before the Tribunal could challenge a guideline on the basis that it was issued by the Commission in bad faith or for an improper purpose; and no guideline can purport to override the requirements of procedural fairness that govern the Tribunal.

In addition to these factors, there are specific indications in the Act that the legislature intended the scope of the guideline power to be limited. In determining the reach of this power, both language versions of s. 27(2) must be read harmoniously. The English version, which empowers the Commission to “issue a guideline setting out the extent to which and the manner in which, in the opinion of the Commission, any provision of this Act applies in a class of cases”, must be read in such a way as to be coherent with the French version. The French version states that the Commission can, in a category of given cases, “*décider de préciser, par ordonnance, les limites et les modalités de l’application de la présente loi*”. This power to “make precise the limits and the modes of application of the law” certainly falls short of the power to repeal portions of the Act which Bell fears. An apt example of what is involved in merely “making precise” the limits of the Act is provided by s. 11(4), which envisions that guidelines will be promulgated to list the factors (*facteur reconnu*) which would justify what might otherwise amount to discrimination under s. 11(1). This provision clearly contemplates guidelines adding precision to the Act, without in any way trumping or overriding the Act itself.

It is of course true that by “making precise” various provisions of the Act, the guidelines will affect the outcome of cases. However, they will only risk undermining the impartiality of the Tribunal if they do so in a manner that is unjust or improper. Given the many constraints on the Commission’s guideline power, and the many ways in which the Tribunal is empowered to question or set aside guidelines that

ne peut s’appliquer rétroactivement. Il s’agit là d’un empêchement majeur à toute tentative d’influencer l’issue d’une affaire en cours d’instance devant le Tribunal par la prise d’une nouvelle ordonnance. Enfin, toute partie devant le Tribunal pourrait contester une ordonnance prise par la Commission au motif que celle-ci a agi de mauvaise foi ou dans un but illicite; aucune ordonnance n’est censée primer sur les exigences de l’équité procédurale qui régissent le Tribunal.

Outre ces facteurs, la Loi contient des indications précises de l’intention du législateur de limiter la portée du pouvoir de prendre des ordonnances. Pour déterminer la portée de ce pouvoir, il faut interpréter les versions anglaise et française du par. 27(2) de façon harmonieuse. La version anglaise, selon laquelle « *[t]he Commission may . . . issue a guideline setting out the extent to which and the manner in which, in the opinion of the Commission, any provision of this Act applies in a class of cases* », doit recevoir une interprétation qui soit compatible avec la version française. La version française prévoit que, dans une catégorie de cas donnés, la Commission peut « *décider de préciser, par ordonnance, les limites et les modalités de l’application de la présente loi* ». Ce pouvoir de « préciser les limites et les modalités d’application de la loi » ne correspond certainement pas au pouvoir, tant redouté par Bell, d’abroger certaines parties de la Loi. On trouve un bon exemple de ce que signifie simplement « préciser » les limites de la Loi au par. 11(4), selon lequel des ordonnances pourraient énumérer des facteurs (« *facteur[s] reconnu[s]* ») justifiant ce qui serait autrement considéré comme de la discrimination par application du par. 11(1). Cette disposition prévoit clairement que des ordonnances peuvent préciser la Loi, sans primer de quelque façon que ce soit sur la Loi elle-même.

Certes, en « précisant » diverses dispositions de la Loi, les ordonnances auront une incidence sur l’issue des instances. Toutefois, elles ne risqueront de compromettre l’impartialité du Tribunal que si elles l’influencent d’une manière injuste ou irrégulière. Compte tenu des nombreuses limites imposées au pouvoir de prendre des ordonnances de la Commission et des nombreuses façons dont

48

49

are in violation of the law, it does not seem likely that the Commission's guidelines could improperly influence the Tribunal.

50

Parliament's choice was obviously that the Commission should exercise a delegated legislative function. Like all powers to make subordinate legislation, the Commission's guideline power under ss. 27(2) and 27(3) is strictly constrained. We fail to see, then, that the guideline power under the Act would lead an informed person, viewing the matter realistically and practically and having thought the matter through, to apprehend a "real likelihood of bias": *S. (R.D.)*, *supra*, at para. 112, *per* Cory J.; *Committee for Justice and Liberty*, *supra*, at p. 395, *per* de Grandpré J.

D. *The Chairperson's Power to Extend Appointments*

51

Bell challenges the Chairperson's power to extend appointments of Tribunal members in ongoing inquiries. Bell argues that this power robs members of the Tribunal of sufficient security of tenure. In addition, Bell contends that it threatens members' impartiality.

52

There is an obvious need for flexibility in allowing members of the Tribunal to continue beyond the expiry of their tenure, in light of the potential length of hearings and the difficulty of enlisting a new member of a panel in the middle of a lengthy hearing. It would not, for this reason, be practicable to suggest that members simply retire from a panel upon the expiry of their appointment, with no official having the power to extend their appointments. And of the officials who could exercise this power, the Tribunal Chairperson seems most likely both to be in a good position to know how urgent the need to extend an appointment is and also to be somewhat distant from the Commission.

le Tribunal est autorisé à contester ou à écarter des ordonnances qui contreviennent à la loi, il semble peu probable que les ordonnances de la Commission puissent influencer irrégulièrement le Tribunal.

Le Parlement a de toute évidence décidé que la Commission exercerait un pouvoir législatif délégué. Comme tous les pouvoirs de prendre des mesures législatives subordonnées, le pouvoir de prendre des ordonnances que les par. 27(2) et 27(3) confèrent à la Commission est rigoureusement limité. Nous ne voyons donc pas comment le pouvoir de prendre des ordonnances prévu par la Loi amènerait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, à croire à une « réelle probabilité de partialité » : voir *S. (R.D.)*, précité, par. 112, le juge Cory; *Committee for Justice and Liberty*, précité, p. 395, le juge de Grandpré.

D. *Le pouvoir du président de prolonger les mandats*

Bell conteste le pouvoir du président de prolonger le mandat des membres du Tribunal pour leur permettre de terminer les affaires dont ils sont saisis. Bell prétend que ce pouvoir prive les membres du Tribunal d'une garantie d'inamovibilité suffisante. De plus, Bell affirme qu'il met leur impartialité en péril.

La nécessité d'une certaine souplesse est évidente pour ce qui est de permettre aux membres du Tribunal de continuer leur travail après l'expiration de leur mandat, compte tenu de la longueur potentielle des audiences et de la difficulté de désigner un nouveau membre instructeur au beau milieu d'une longue audience. Pour cette raison, il ne serait pas pratique de proposer que les membres se retirent tout simplement comme membres instructeurs à l'expiration de leur mandat et qu'aucune personne en autorité n'ait le pouvoir de prolonger leur mandat. De toutes les personnes en autorité qui pourraient exercer ce pouvoir, le président du Tribunal semble la plus susceptible d'être à la fois bien placée pour juger de l'urgence de prolonger un mandat et assez indépendante de la Commission.

In any case, the question of whether this power compromises the independence of Tribunal members is settled by *Valente*, *supra*. That case concerned legislation that conferred a discretionary power upon the Chief Justice of the provincial court to permit judges who had attained retirement age to hold office until the age of 70, and that conferred a discretionary power upon the Judicial Council for Provincial Judges to further approve the extension of a judge's term of office from age 70 to 75. Prior to amendments in the legislation, these powers had rested with the executive. At p. 704, Le Dain J. wrote of the amendments that:

This change in the law, while creating a post-retirement status that is by no means ideal from the point of view of security of tenure, may be said to have removed the principal objection to the provision . . . since it replaces the discretion of the Executive by the judgment and approval of senior judicial officers who may be reasonably perceived as likely to act exclusively out of consideration for the interests of the Court and the administration of justice generally.

In our view, this passage resolves the question. If the discretionary power of the Chief Justice and Judicial Council of the provincial courts to extend the tenure of judges does not compromise their independence in a manner that contravenes the requirements of judicial independence, then neither does the discretionary power of the Tribunal Chairperson compromise the independence of Tribunal members in a manner that contravenes common law procedural fairness.

It remains to consider Bell's claim that this power undermines the Tribunal's impartiality. Bell's argument here seems to be that members might feel pressure to adopt the views of the Chairperson in order to remain on a panel beyond the expiry of their appointment, and that because of this, a reasonable person might doubt whether members were guided only by legitimate considerations in the disposition of their final case. However, given that members whose appointments have expired will not sit on another panel again, it is difficult to see what power the Chairperson could ultimately have over them, once their appointments have been

Quoi qu'il en soit, la question de savoir si ce pouvoir compromet l'indépendance des membres du Tribunal a été tranchée dans *Valente*, précité. Cette affaire portait sur une loi qui conférait au Juge en chef de la Cour provinciale le pouvoir discrétionnaire de permettre aux juges qui avaient atteint l'âge de la retraite de demeurer en poste jusqu'à l'âge de 70 ans, et qui conférait au Conseil de la magistrature des juges provinciaux le pouvoir discrétionnaire de permettre qu'un juge continue à siéger entre l'âge de 70 et de 75 ans. Avant les modifications à la loi, c'est l'exécutif qui détenait ces pouvoirs. Le juge Le Dain a écrit ce qui suit à la p. 704, à propos des modifications :

Ce changement dans la loi, même s'il crée un statut d'après-retraite qui est loin d'être idéal du point de vue de l'inamovibilité, peut être considéré comme ayant supprimé l'objection principale apportée à la disposition [. . .], puisqu'il remplace le pouvoir discrétionnaire de l'exécutif par le jugement et l'approbation d'officiers de justice supérieurs qu'on peut raisonnablement percevoir comme susceptibles d'agir exclusivement en fonction des intérêts de la cour et de l'administration de la justice en général.

À notre avis, ce passage résout la question. Si le pouvoir discrétionnaire du Juge en chef et du Conseil de la magistrature des juges provinciaux de prolonger le mandat des juges ne compromet pas leur indépendance d'une manière qui contrevient aux exigences d'indépendance de la magistrature, alors le pouvoir discrétionnaire du président du Tribunal ne compromet pas non plus l'indépendance des membres du Tribunal d'une manière qui contrevient aux exigences de l'équité procédurale en common law.

Il reste à examiner la prétention de Bell voulant que ce pouvoir porte atteinte à l'impartialité du Tribunal. L'argument de Bell ici semble être que les membres dont le mandat est échu peuvent se sentir obligés d'adopter les vues du président pour qu'il leur permette de continuer d'agir comme membres instructeurs après l'expiration de leur mandat et que, pour cette raison, une personne raisonnable pourrait douter que ces membres aient été guidés uniquement par des considérations légitimes lorsqu'ils ont jugé leur dernière affaire. Toutefois, vu que les membres dont le mandat est échu n'entendront plus d'autres affaires, nous voyons mal quelle influence le

53

54

extended and it is time for them to decide the case. Moreover, there are ample provisions in the Act to suggest that the Tribunal Chairperson can reasonably be regarded as disinterested in the outcome of cases. The Chairperson must have been a member in good standing in the bar of a province for at least ten years (s. 48.1(3)). He or she can be removed from the position for cause (s. 48.2(1)) by the Governor in Council. A reasonable person informed of these facts would not conclude that members were likely to be illegitimately pressured to adopt the Chairperson's views.

VI. Conclusion

55

We would therefore uphold the conclusions of the Federal Court of Appeal, and dismiss the appeal with costs. The constitutional questions should be answered as follows:

- (1) Are ss. 27(2) and (3) of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, as amended, inconsistent with s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, and the constitutional principle of adjudicative independence and therefore inoperable or inapplicable?

Answer: No.

- (2) Are ss. 48.1 and 48.2 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, as amended, inconsistent with s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, and the constitutional principle of adjudicative independence and therefore inoperable and inapplicable?

Answer: No.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Heenan Blaikie, Montréal.

Solicitors for the respondent the Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada: Engelmann Gottheil, Ottawa.

président pourrait en bout de ligne exercer sur eux, une fois que leur mandat a été prolongé et qu'ils doivent se prononcer sur l'affaire dont ils sont saisis. De plus, la Loi renferme de nombreuses dispositions qui indiquent que l'on peut raisonnablement considérer que le président du Tribunal est suffisamment désintéressé quant à l'issue des dossiers. Le président doit être membre en règle du barreau d'une province depuis au moins dix ans (par. 48.1(3)). Il peut faire l'objet d'une révocation motivée par le gouverneur en conseil (par. 48.2(1)). Une personne raisonnable, au courant de ces faits, ne conclurait pas que les membres risquent d'être illégitimement forcés d'adopter les vues du président.

VI. Conclusion

Par conséquent, nous sommes d'avis de confirmer les conclusions de la Cour d'appel fédérale et de rejeter le pourvoi avec dépens. Il y a lieu de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante :

- (1) Les paragraphes 27(2) et (3) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6, dans sa version modifiée, sont-ils incompatibles avec l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44, ainsi qu'avec le principe constitutionnel de l'indépendance juridictionnelle et, en conséquence, sans effet ou inapplicables?

Réponse : Non.

- (2) Les articles 48.1 et 48.2 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6, dans sa version modifiée, sont-ils incompatibles avec l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44, ainsi qu'avec le principe constitutionnel de l'indépendance juridictionnelle et, en conséquence, sans effet ou inapplicables?

Réponse : Non.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Heenan Blaikie, Montréal.

Procureurs de l'intimé le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier : Engelmann Gottheil, Ottawa.

Solicitors for the respondent the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Department of Justice, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Ministry of the Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Solicitors for the intervener the Public Service Alliance of Canada: Raven, Allen, Cameron & Ballantyne, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canada Post Corporation: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'intimée la Commission canadienne des droits de la personne : Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Ministère de la Justice, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance de la fonction publique du Canada : Raven, Allen, Cameron & Ballantyne, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Société canadienne des postes : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

A-106-05

2006 FCA 233

Leave to appeal was refused: 2007
CanLII 16765 (SCC)

Commissioner of Competition (*Appellant*)

Please see in particular para. 28

v.

c.

Canada Pipe Company Ltd./Tuyauteries Canada Ltée (*Respondent*)

Tuyauteries Canada Ltée/Canada Pipe Company Ltd. (*intimée*)

INDEXED AS: **CANADA (COMMISSIONER OF COMPETITION) v. CANADA PIPE CO. (F.C.A.)**

RÉPERTORIÉ: **CANADA (COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE) c. TUYAUTERIES CANADA LTÉE (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, **Desjardins**, Létourneau and Pelletier JJ.A.—Ottawa, February 7, 9 and **June 23, 2006**.

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Létourneau et Pelletier, J.C.A.—Ottawa, 7 et 9 février et 23 juin 2006.

Competition — Appeal from Competition Tribunal's decision dismissing application by Competition Commissioner for order prohibiting respondent from engaging in certain acts, practices — Respondent offering loyalty rebate program — Appellant arguing this program constituting practice of exclusive dealing (Competition Act, s. 77(2)), anti-competitive acts leading to abuse of dominant position (Act, s. 79(1)) — Appeal allowed — With respect to abuse of dominant position, Tribunal erring as to test applicable under s. 79(1)(c) — Tribunal conducted analysis from narrow, absolute perspective of whether program prevented entry, competition when should have addressed whether competitiveness substantially lessened in presence of program — Tribunal also wrong to say s. 79(1)(b) (engaging in anti-competitive acts) requiring causal link between impugned act and decrease in competition — S. 79(1)(b) concerning narrower focus of impugned act's effects on competitors — Valid business justification for impugned act not established — As to question of exclusive dealing, Tribunal adopting same approach as under s. 79(1) — As such, findings re: errors of law made under s. 79(1) also applying under s. 77(2).

Concurrence — Appel d'une décision par laquelle le Tribunal de la concurrence a rejeté la demande formée par la commissaire de la concurrence en vue d'obtenir une ordonnance interdisant à l'intimée de se livrer à certaines pratiques — L'intimée offrait un programme de fidélisation de sa clientèle — L'appelante affirmait que ce programme constituait une pratique d'exclusivité (art. 77(2) de la Loi sur la concurrence) ainsi qu'une pratique d'agissements anti-concurrentiels constituant un abus de position dominante (art. 79(1) de la Loi) — Appel accueilli — Pour ce qui concerne l'abus de position dominante, le Tribunal a commis une erreur dans son approche du critère juridique applicable sous le régime de l'art. 79(1)c) — Le Tribunal a effectué son analyse du point de vue étroit et absolu de la question de savoir si le programme avait empêché l'entrée et la concurrence lorsqu'il aurait dû orienter son attention vers la question de savoir si la concurrence se trouvait sensiblement diminuée avec le programme — Le Tribunal a également déclaré à tort que l'art. 79(1)b) (agissements anti-concurrentiels) exigeait un lien de causalité entre la pratique attaquée et une diminution de la concurrence — L'art. 79(1)b) est orienté vers les effets de l'agissement sur les concurrents — Il n'y avait pas de justification commerciale valable — Pour ce qui concerne la pratique d'exclusivité, le Tribunal a adopté la même approche que celle qu'il a appliquée à l'art. 79(1) — Ainsi, les conclusions quant aux erreurs de droit commises dans le contexte de l'art. 79(1) s'appliquaient aussi relativement à l'art. 77(2).

This was an appeal from a decision of the Competition Tribunal dismissing an application by the Commissioner of Competition (Commissioner) under sections 77 and 79 of the *Competition Act* for an order prohibiting the respondent (Canada Pipe) from engaging in the practice of anti-competitive acts leading to an abuse of dominant position (section 79), and prohibiting the respondent from continuing to engage in the practice of exclusive dealing (section 77).

Il s'agissait d'un appel d'une décision par laquelle le Tribunal de la concurrence a rejeté la demande formée par la commissaire de la concurrence (la commissaire) sous le régime des articles 77 et 79 de la *Loi sur la concurrence* en vue d'obtenir une ordonnance interdisant à l'intimée (Tuyauteries Canada) de se livrer à une pratique comprenant des agissements anti-concurrentiels et constituant un abus de position dominante (article 79), et lui interdisant de continuer à se livrer à la pratique de l'exclusivité (article 77).

The conduct at issue was a loyalty rebate program offered by the respondent (the Stocking Distributor Program or SDP). Under this program, distributors of the respondent's cast iron drain, waste and vent (DWV) products obtained significant rebates and discounts in return for stocking only cast iron products produced by the respondent. The Commissioner argued that the SDP constituted both a practice of exclusive dealing with exclusionary effects and a practice of anti-competitive acts, and was likely to have the effect of substantially lessening competition in the markets for DWV products by impeding the entry and expansion of competitors.

In dismissing the Commissioner's application, the Tribunal found that the requisite elements for the order requested were not met. The SDP did not qualify as an "anti-competitive act" (paragraph 79(1)(b)), the SDP had not substantially lessened or prevented competition (paragraph 79(1)(c)), and finally, while the SDP could be characterized as a practice of exclusive dealing, there was insufficient evidence to establish that it had impeded entry into or expansion of firms in a market, that it was having any other exclusionary effect on the market, or that it had caused or was likely to cause a substantial lessening of competition (subsection 77(2)).

Held, the appeal should be allowed.

On the question of abuse of dominant position, the Tribunal erred in law with respect to the legal test applicable under paragraph 79(1)(c). Paragraph 79(1)(c) permits the Tribunal to make an order prohibiting a practice which it finds "has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market." In order to achieve the inquiry dictated by the statutory language of paragraph 79(1)(c), the Tribunal must compare the level of competitiveness in the presence of the impugned practice with that which would exist in the absence of the practice, and then determine whether the preventing or lessening of competition, if any, is "substantial". This comparison must be done with reference to actual effects in the past and present, as well as likely future effects. One correct approach (but not necessarily the only correct one) is for the Tribunal to ask itself the following question: Would the relevant markets—in the past, present or future—be substantially more competitive but for the impugned practice of anti-competitive acts (the "but for" test)? This legal test reflects the plain meaning of the statutory language of paragraph 79(1)(c) and corresponds to the Tribunal's analysis in its previous decisions with respect to this provision. In the case at bar, the Tribunal's analysis was conducted from the narrow, absolute perspective of whether the SDP prevented entry and whether competition subsisted in

Le comportement en litige consistait en l'application par l'intimée d'un programme de fidélisation de sa clientèle (le programme des distributeurs stockistes ou PDS). Dans le cadre de ce programme, les distributeurs des produits d'évacuation et de ventilation en fonte de l'intimée avaient droit à des ristournes et à des abattements substantiels à condition de ne stocker que les produits en fonte fabriqués par l'intimée. La commissaire a affirmé que le PDS constituait à la fois une pratique d'exclusivité aux effets tendant à exclure et une pratique d'agissements anti-concurrentiels, et qu'il aurait vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence sur les marchés des produits d'évacuation et de ventilation en faisant obstacle à l'entrée et au développement de la concurrence.

Lorsqu'il a rejeté la demande de la commissaire, le Tribunal a conclu que les conditions qui devaient être remplies pour que soit rendue l'ordonnance demandée ne l'avaient pas été. Le PDS ne remplissait pas les conditions nécessaires pour être qualifié d'« agissements anti-concurrentiels » (alinéa 79(1)(b)), le PDS n'avait pas empêché ou diminué sensiblement la concurrence (alinéa 79(1)(c)) et, enfin, même si le PDS pouvait être qualifié de pratique d'exclusivité, la preuve produite ne suffisait pas à établir que le PDS eût fait obstacle à l'entrée ou au développement de firmes, ni qu'il eût sur le marché quelque autre effet tendant à exclure, ni que la concurrence eût été ou serait vraisemblablement réduite sensiblement en conséquence de ce programme (paragraphe 77(2)).

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

Pour ce qui concerne l'abus de position dominante, le Tribunal a commis une erreur de droit relativement au critère juridique applicable sous le régime de l'alinéa 79(1)(c), qui permet au Tribunal de rendre une ordonnance interdisant à une personne de se livrer à une pratique qui « a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché ». Pour mener à bien l'examen que dicte le libellé de l'alinéa 79(1)(c), le Tribunal doit comparer le niveau de concurrence sur le marché caractérisé par la présence de la pratique attaquée au niveau qui existerait en l'absence de cette pratique, pour ensuite établir si la concurrence est empêchée ou diminuée « sensiblement », en supposant qu'elle le soit tant soit peu. Cette comparaison doit se faire en tenant compte des effets réels dans le passé et dans le présent, ainsi que des effets vraisemblables dans l'avenir. Selon une approche correcte, mais pas nécessairement la seule approche correcte, le Tribunal doit se poser la question suivante : est-ce que les marchés pertinents auraient été, ou seraient actuellement ou dans l'avenir, sensiblement plus concurrentiels en l'absence de la pratique attaquée d'agissements anti-concurrentiels (critère de l'« absence hypothétique »)? Ce critère juridique correspond à la fois au sens manifeste du libellé de l'alinéa 79(1)(c) et à l'analyse effectuée par le Tribunal dans ses

its presence, when it should have turned its mind to the question of whether, in each of the relevant markets, competitiveness was substantially lessened in the presence of the SDP, as compared to the likely state of competition in the absence of this practice.

The second issue with respect to the question of abuse of dominant position was whether the Tribunal erred in concluding that the SDP did not constitute an “anti-competitive act” as required by paragraph 79(1)(b) before a prohibition order may issue. An anti-competitive act is identified by reference to its purpose. This requisite purpose is an intended, exclusionary or disciplinary negative effect on a competitor. As such, the paragraph 79(1)(b) inquiry is focused upon the intended effects of the act on a competitor. Relevant factors to be considered and weighed to determine the purpose of the impugned conduct include the reasonably foreseeable or expected objective effects of the act, any business justification, and any evidence of subjective intent. The Tribunal misdirected itself as to the applicable legal test and considered irrelevant factors in making its paragraph 79(1)(b) determination. The Tribunal’s erroneous interpretation played a significant role in its analysis of the SDP. As such, it committed a reversible error of law. Particularly, it erred in requiring a causal link between the impugned act and a decrease in competition. Paragraph 79(1)(b) simply concerns whether the act displays the requisite intended effect on competitors; it is not directly concerned with the state of competition in the market or the general causes thereof. The Tribunal thus conflated the legal test for paragraph 79(1)(c) (which concerns the broader state of competition) with that applicable for paragraph 79(1)(b) (which focuses on the impugned act’s effects on competitors). The Tribunal was also wrong to suggest that “detriment to the consumer” is an independently relevant consideration for the purposes of that paragraph. Finally, there was no valid business justification in the case at bar. Such a justification is properly relevant only in so far as it is pertinent and probative in relation to the determination required by paragraph 79(1)(b), i.e. whether the purpose for which the act was performed was a predatory, exclusionary or disciplinary negative effect on a competitor. It is properly employed to counterbalance or neutralize other evidence of an anti-competitive purpose, prior to making a determination under paragraph 79(1)(b), and must provide a credible efficiency or pro-competitive explanation, unrelated to an anti-competitive purpose, for why the dominant firm engaged in the conduct alleged to be anti-competitive. Here the justification was that the SDP makes possible the high-volume sales necessary to enable the respondent to maintain a full line of products. The Tribunal’s reasons did not establish the

décisions antérieures pour l’application de cet alinéa. En l’espèce, le Tribunal a effectué son analyse du point de vue étroit et absolu de la question de savoir si le PDS avait empêché l’entrée et si la concurrence subsistait en sa présence lorsqu’il aurait dû orienter son attention vers le point de savoir si, sur chacun des marchés pertinents, la concurrence se trouvait sensiblement diminuée avec le PDS, en comparaison de l’état vraisemblable de la concurrence en l’absence de cette pratique.

La deuxième question en litige relative à l’abus de position dominante était celle de savoir si le Tribunal avait formulé une conclusion erronée lorsqu’il a déclaré que le PDS ne constituait pas un « agissement anti-concurrentiel » comme l’exige l’alinéa 79(1)(b) avant de rendre une ordonnance d’interdiction. L’agissement anti-concurrentiel est défini par rapport à un but. Le but qu’il faut établir est un effet négatif sur un concurrent, qui doit être intentionnel, ou viser une exclusion ou une mise au pas. L’analyse à effectuer dans le cadre de l’alinéa 79(1)(b) est donc orientée vers les effets intentionnels de l’agissement sur un concurrent. Parmi les facteurs pertinents à examiner et à apprécier pour établir le but du comportement attaqué, il faut mentionner les effets objectifs prévus ou raisonnablement prévisibles du comportement en question, la justification commerciale s’il y en a une, et tous éléments de preuve dont on dispose tendant à établir l’intention subjective. Le Tribunal s’est mépris sur le critère juridique applicable et a pris en considération des facteurs non pertinents pour rendre sa décision sous le régime de l’alinéa 79(1)(b). L’interprétation erronée par le Tribunal a joué un rôle important dans son analyse du PDS. Il a donc commis une erreur de droit donnant lieu à révision. Plus particulièrement, il a commis une erreur en exigeant la preuve d’un lien de causalité entre la pratique attaquée et une diminution de la concurrence. L’alinéa 79(1)(b) pose purement et simplement la question de savoir si le comportement considéré a sur les concurrents l’effet intentionnel de la nature requise; il n’a pas de rapport direct avec l’état de la concurrence sur le marché ou ses causes générales. Le Tribunal a donc fusionné le critère juridique applicable à l’alinéa 79(1)(c) (qui porte sur l’état général de la concurrence) et le critère juridique applicable à l’alinéa 79(1)(b) (qui vise les effets de la pratique attaquée sur les concurrents). Le Tribunal a également commis une erreur lorsqu’il a déclaré que le « préjudice aux consommateurs » était un facteur indépendant pertinent à prendre en considération pour l’application de cet alinéa. Enfin, il n’y avait pas de justification commerciale valable en l’espèce. Une telle justification ne peut être prise en considération que dans la mesure où elle est pertinente et probante par rapport à la décision qu’exige l’alinéa 79(1)(b), soit celle du point de savoir si le comportement avait pour but un effet négatif sur un concurrent, effet qui doit être abusif, ou viser une exclusion ou une mise au pas. La justification commerciale est appliquée à bon escient pour contrebalancer ou neutraliser les éléments de preuve tendant à établir

requisite efficiency-related link between the SDP and the respondent, and hence did not supply a legitimate explanation for the latter's choice to engage in the impugned conduct, unrelated to an anti-competitive purpose. Self-interest was the only justification for the SDP. The Tribunal thus erred in concluding that the respondent had established a valid business justification for the SDP.

On the question of exclusive dealing (Act, subsection 77(2)), the first issue was whether the Tribunal erred in its determination with respect to whether the SDP had the result that competition was or was likely to be lessened substantially. Because of the parallel structure and logic between the requisite statutory elements for exclusive dealing under subsection 77(2) and abuse of dominant position under subsection 79(1), the parties simply referred the Court to their arguments in the context of subsection 79(1). Although the two subsections contain some differences in wording, it was not necessary to consider these differences in the present instance. To the extent that the Tribunal erred in law in the context of paragraph 79(1)(c) in its interpretation of the test for substantial lessening of competition, the same errors of law applied with respect to subsection 77(2). The same could be said with respect to whether the Tribunal erred in its conclusion that the SDP was not likely to impede entry or expansion of a firm or a product in a market or have any other exclusionary effect in a market. The Tribunal's analysis of the evidence concerning barriers to entry and the effects of the SDP was conducted from the narrow perspective of prevention, and not the broader perspective implied by the word "impede", and as such constituted a reversible error.

l'existence d'un but anti-concurrentiel avant de prendre une décision sous le régime de l'alinéa 79(1)b), et elle doit être une explication crédible, fondée sur l'efficacité ou de nature pro-concurrentielle, et sans lien avec un but anti-concurrentiel, des motifs qu'avait l'entreprise dominante de se livrer au comportement attaqué comme étant anti-concurrentiel. En l'espèce, l'intimée avançait comme justification commerciale le fait que le PDS rendait possible les ventes en grandes quantités dont elle avait besoin pour maintenir une ligne complète de produits. L'exposé des motifs du Tribunal n'établissait pas l'existence du lien nécessaire, fondé sur l'efficacité, entre le PDS et l'intimée, et ne donnait donc pas une explication légitime, non liée à un but anti-concurrentiel, de la décision de l'intimée de se livrer au comportement attaqué. L'intérêt propre restait la seule justification du PDS. Le Tribunal a donc commis une erreur en concluant que l'intimée avait établi une justification commerciale valable du PDS.

Pour ce qui est de la pratique de l'exclusivité (paragraphe 77(2) de la Loi), la première question en litige était celle de savoir si le Tribunal avait formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS avait eu pour effet ou risquait vraisemblablement de diminuer sensiblement la concurrence. Compte tenu de l'existence d'un parallélisme structurel et logique entre, d'une part, les conditions prévues au paragraphe 77(2) concernant l'exclusivité, et, d'autre part, celles prévues au paragraphe 79(1) touchant l'abus de position dominante, les parties se sont plutôt contentées de renvoyer la Cour aux arguments qu'elles avaient avancés relativement à cet élément dans le contexte du paragraphe 79(1). Même si le libellé des deux paragraphes diffère quelque peu, la Cour n'avait pas à se demander si elle devait prendre ces différences en considération en l'espèce. Dans la mesure où le Tribunal avait commis des erreurs de droit dans son interprétation du critère de la diminution sensible de la concurrence dans le contexte de l'alinéa 79(1)c), il pouvait être dit avoir commis les mêmes erreurs de droit relativement au paragraphe 77(2). Ces considérations s'appliquaient à la question de savoir si le Tribunal avait formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS aurait vraisemblablement, sur un marché, soit pour effet de faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme, ou encore au lancement ou à l'expansion des ventes d'un produit, soit quelque autre effet tendant à exclure. Le Tribunal a analysé la preuve concernant les obstacles à l'entrée et les effets du PDS du point de vue étroit qu'exprime le terme « empêcher » et non du point de vue plus large qu'appelle l'expression « faire obstacle » et l'adoption de ce point de vue constituait une erreur susceptible de révision.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 1 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), 1.1 (as enacted

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 1 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19), 1.1

idem), 77 (as am. *idem*, s. 45; S.C. 1999, c. 2, ss. 23, 37(y); c. 31, s. 52(F); 2002 c. 16, ss. 11.2, 11.3), 78 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 2000, c. 15, s. 13), 79 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1990, c. 37, s. 31; 1999, c. 2, s. 37(z); 2002, c. 16, s. 11.4), 96 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (Director of Investigation and Research) v. NutraSweet Co. (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, [2001] 3 F.C. 185; (2001), 199 D.L.R. (4th) 130; 11 C.P.R. (4th) 289; 269 N.R. 109; 2001 FCA 204; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 289 (Comp. Trib.).

CONSIDERED:

Canada (Commissioner of Competition) v. Canada Pipe Co., [2007] 2 F.C.R. 57; (2006), 268 D.L.R. (4th) 238; 49 C.P.R. (4th) 286; 350 N.R. 264; 2006 FCA 236; *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000); *Canada (Director of Investigation and Research) v. D & B Companies of Canada Ltd.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 216 (Comp. Trib.); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Tele-Direct (Publications) Inc.* (1997), 73 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.).

REFERRED TO:

R. v. Proulx, [2000] 1 S.C.R. 61; 182 D.L.R. (4th) 1; [2000] 4 W.W.R. 21; 142 Man. R. (2d) 161; 140 C.C.C. (3d) 449; 30 C.R. (5th) 1; 49 M.V.R. (3d) 163; 249 N.R. 201; 2000 SCC 5; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Gravel and Lake Services Ltd. v. Bay Ocean Management Inc.* (2002), 298 N.R. 369; 2002 FCA 465; *SMX Shopping Centre Ltd. v. Canada*, [2004] 2 C.T.C. 48; 2004 DTC 6013; (2003), 314 N.R. 365; 2003 FCA 479; *Naguib v. Canada*, [2004] 2 C.T.C. 215; 2004 DTC 6082; (2004), 317 N.R. 88; 2004 FCA 40; *The SS "Tordenskjold" v. The SS "Euphemia"* (1908), 41 S.C.R. 154; *Perka et al. v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; (1984), 13 D.L.R. (4th) 1; [1984] 6 W.W.R. 289; 28 B.C.L.R. (2d) 205; 14 C.C.C. (3d) 385; 42 C.R. (3d) 113; 55 N.R. 1; *R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381; (1995), 169 A.R. 50; 124 D.L.R. (4th) 289; 29 Alta. L.R. (3d)

(édité, *idem*), 77 (mod., *idem*, art. 45; L.C. 1999, ch. 2, art. 23, 37y); ch. 31, art. 52(F); 2002, ch. 16, art. 11.2, 11.3), 78 (édité par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 2000, ch. 15, art. 13), 79 (édité par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 1990, ch. 37, art. 31; 1999, ch. 2, art. 37z); 2002, ch. 16, art. 11.4), 96 (édité par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co., CT-1989-002 (Trib. conc.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, [2001] 3 C.F. 185; 2001 CAF 204; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*, CT-1991-002 (Trib. conc.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Ltée, [2007] 2 R.C.F. 57; 2006 CAF 236; *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. D & B Companies of Canada Ltd.*, CT-1994-001 (Trib. conc.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Télé-Direct (Publications) Inc.*, [1997] D.T.C.C. n° 8 (Trib. conc.) (QL).

DÉCISIONS CITÉES :

R. c. Proulx, [2000] 1 R.C.S. 61; 2000 CSC 5; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Gravel and Lake Services Ltd. c. Bay Ocean Management Inc.*, 2002 CAF 465; *SMX Shopping Centre Ltd. c. Canada*, 2003 CAF 479; *Naguib c. Canada*, 2004 CAF 40; *The SS "Tordenskjold" v. The SS "Euphemia"* (1908), 41 R.C.S. 154; *Perka et autres c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559; 2002 CSC 42.

305; 98 C.C.C. (3d) 1; 39 C.R. (4th) 205; 29 C.R.R. (2d) 256; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559; (2002), 212 D.L.R. (4th) 1; [2002] 5 W.W.R. 1; 166 B.C.A.C. 1; 100 B.C.L.R. (3d) 1; 18 C.R.R. (4th) 289; 93 C.R.R. (2d) 189; 2002 SCC 42.

AUTHORS CITED

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill-C-91*, 1st Sess., 33rd Parl., 1986.
 Competition Bureau. *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions*. Industry Canada: Ottawa, 2001.

APPEAL from a decision of the Competition Tribunal ((2005), 40 C.P.R. (4th) 453 (Comp. Trib.)) dismissing the Commissioner of Competition's application for an order against the respondent under subsections 77(2) (exclusive dealing) and 79(1) (abuse of dominant position) of the *Competition Act*. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Randall Hofley and *Leslie J. F. Milton* for appellant.
Kent E. Thomson, *James W. E. Doris* and *Charles E. Tingley* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Johnston & Buchan LLP, Ottawa, and *Deputy Attorney General of Canada* for appellant.
Davies Ward Phillips & Vineberg LLP, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] **DESJARDINS J.A.**: This is an appeal from a decision of the Competition Tribunal (Tribunal), dated February 3, 2005, dismissing the application by the Commissioner of Competition (Commissioner or appellant) under sections 77 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1999, c. 2, ss. 23, 37(y); c. 31, s. 52(F); 2002, c. 16, ss. 11.2, 11.3] and 79 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1990, c. 37, s. 31; 1999, c. 2, s. 37(z); 2002, c. 16, s.

DOCTRINE CITÉE

Bureau de la concurrence. *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante*. Industrie Canada : Ottawa, 2001.
 Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le Projet de loi C-91*, 1^{re} Sess., 33^e Lég., 1986.

APPEL d'une décision (CT-2002-006 (Trib. conc.)) par laquelle le Tribunal de la concurrence a rejeté la demande formée par la commissaire de la concurrence en vue d'obtenir une ordonnance d'interdiction contre l'intimée en vertu des paragraphes 77(2) (pratique d'exclusivité) et 79(1) (abus de position dominante) de la *Loi sur la concurrence*. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Randall Hofley et *Leslie J. F. Milton* pour l'appelante.
Kent E. Thomson, *James W. E. Doris* et *Charles E. Tingley* pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Johnston & Buchan LLP, Ottawa, et le *sous-procureur général du Canada* pour l'appelante.
Davies Ward Phillips & Vineberg S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour l'intimée.

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

[1] **LA JUGE DESJARDINS, J.C.A.** : Il s'agit d'un appel de la décision en date du 3 février 2005, publiée sous la référence CT-2002-006, par laquelle le Tribunal de la concurrence (le Tribunal) a rejeté la demande formée par la commissaire de la concurrence (la commissaire ou l'appelante) sous le régime des articles 77 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 1999, ch. 2, art. 23, 37(y); ch. 31, art. 52(F); 2002, ch. 16, art. 11.2, 11.3] et 79 [édité par L.R.C. (1985) (2^e suppl.),

11.4] of the *Competition Act* [R.S.C., 1985, c. C-34, s. 1 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd suppl.) c. 19, s. 19)] (reported as (2005), 40 C.P.R. (4th) 453) (Comp. Trib.). The Commissioner sought an order against Canada Pipe Company Ltd. (Canada Pipe or respondent), to prohibit the respondent from engaging in the practice of several purported anti-competitive acts leading to an abuse of dominant position under section 79, as well as to prohibit the respondent from continuing to engage in the practice of exclusive dealing under section 77. This case also involves a cross-appeal by Canada Pipe, which is dealt with in separate reasons [[2007] 2 F.C.R. 57 (F.C.A.)].

[2] This is the first time this Court has the opportunity to consider the tests for exclusive dealing and abuse of dominant position established respectively by sections 77 and 79 of the Act. Both of these provisions, generally speaking, authorize the Tribunal to make orders prohibiting a dominant firm from engaging in conduct that has had, is having or is likely to have the effect of substantially lessening competition. While the Act has been in force since 1986, and the Tribunal has elaborated its perspective on the requirements of sections 77 and 79 in several cases, these provisions have not to date been interpreted by any Canadian court.

[3] The conduct at issue in this case consists of a “loyalty rebate” program offered by the respondent and known as the Stocking Distributor Program (SDP). Under the SDP, distributors of the respondent’s cast iron drain, waste and vent (DWV) products obtain significant rebates and discounts in return for stocking only cast iron products produced by the respondent. These distributors are free to stock other companies’ DWV products which are not made of cast iron.

[4] According to the Commissioner, Canada Pipe is a dominant firm with respect to the product markets relevant in this case. Furthermore, the Commissioner

ch. 19, art. 45; L.C. 1990, ch. 37, art. 31; 1999, ch. 2, art. 37z); 2002, ch. 16, art. 11.4] de la *Loi sur la concurrence* [L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 1 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19)]. La commissaire visait par cette demande à obtenir une ordonnance interdisant à Tuyauteries Canada Ltée (Tuyauteries Canada ou l’intimée) de se livrer à une pratique comprenant plusieurs agissements anti-concurrentiels supposés et constituant un abus de position dominante sous le régime de l’article 79, et lui interdisant en outre de continuer à se livrer à la pratique de l’exclusivité sous le régime de l’article 77. La présente affaire a aussi donné lieu à un appel incident, qui fait l’objet d’un exposé de motifs distinct [[2007] 2 R.C.F. 57 (C.A.F.)].

[2] C’est la première fois que notre Cour a l’occasion d’examiner les critères dont les articles 77 et 79 de la Loi font dépendre l’établissement de l’existence, respectivement, d’une pratique d’exclusivité et d’un abus de position dominante. Ces deux articles, considérés d’un point de vue général, habilitent le Tribunal à rendre des ordonnances interdisant aux entreprises qui occupent une position dominante de se livrer à un comportement qui a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence. La Loi est en vigueur depuis 1986 et le Tribunal a déjà développé dans plusieurs affaires son point de vue sur les conditions prévues aux articles 77 et 79, mais aucun tribunal judiciaire canadien n’avait jusqu’à ce jour interprété ces dispositions.

[3] Le comportement qui fait l’objet du présent litige consiste en l’application par l’intimée d’un programme de « fidélisation » de sa clientèle au moyen de ristournes et d’abattements, désigné « programme des distributeurs stockistes » (le PDS). Dans le cadre du PDS, les distributeurs des produits d’évacuation et de ventilation en fonte de l’intimée ont droit à des ristournes et à des abattements substantiels à condition de ne stocker que les produits en fonte fabriqués par cette dernière; il leur reste loisible de stocker les produits d’évacuation et de ventilation d’autres entreprises qui ne sont pas faits en fonte.

[4] Selon la commissaire, Tuyauteries Canada occupe une position dominante sur les marchés de produit pertinents en l’espèce. La commissaire affirme en outre

asserts, the SDP constitutes both a practice of exclusive dealing with exclusionary effects and a practice of anti-competitive acts, and it is likely to have the effect of substantially lessening competition in the markets for DWV products by impeding the entry and expansion of competitors. The respondent contends, by contrast, that it exercises no market power in relation to the relevant product markets, when the latter are properly defined. Moreover, according to the respondent, the SDP is neither exclusionary nor anti-competitive, but rather is a voluntary, non-exclusive, incentive-based program which encourages competition between DWV distributors, is compatible with competition on the merits between suppliers and is supported by valid business justifications.

[5] The Tribunal dismissed the Commissioner's application, based upon the following findings. With respect to the alleged abuse of dominant position under section 79, the Tribunal held that: (i) there are three relevant product markets, and six geographic markets, and the respondent substantially controls all these markets; (ii) the SDP is a practice, but does not qualify as an "anti-competitive act"; and (iii) the Commissioner had not demonstrated that the SDP had substantially lessened or prevented competition. With respect to the allegation of exclusive dealing contrary to section 77, the Tribunal found that: (i) the SDP can be characterized as a practice of exclusive dealing; (ii) the respondent is a major supplier of the products in the relevant markets; and (iii) there was insufficient evidence to establish that the SDP had impeded entry or expansion of firms, or that it is having any other exclusionary effect on the market, or that it has caused or is likely to cause a substantial lessening of competition.

[6] The Commissioner appeals from the Tribunal's decision.

[7] Broadly stated, the appeal challenges two aspects of the Tribunal's conclusions: first, the finding with respect to substantial lessening of competition for the purposes of both sections 77 and 79, and second, the

que le PDS constitue à la fois une pratique d'exclusivité aux effets tendant à exclure et une pratique d'agissements anti-concurrentiels, et qu'il aura vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence sur les marchés des produits d'évacuation et de ventilation en faisant obstacle à l'entrée et au développement de concurrents. L'intimée soutient quant à elle qu'elle n'exerce pas de puissance commerciale sur les marchés de produit pertinents, s'ils sont définis comme ils doivent l'être. En outre, selon l'intimée, le PDS n'a pas d'effets tendant à exclure ni n'est anti-concurrentiel : il s'agit d'un programme volontaire, incitatif et non exclusif, qui favorise la concurrence entre les distributeurs de produits d'évacuation et de ventilation, est compatible avec la concurrence fondée sur l'efficacité entre les fournisseurs et s'appuie sur des justifications commerciales valables.

[5] Le Tribunal a rejeté la demande de la commissaire sur le fondement des conclusions suivantes. Pour ce qui concerne l'abus supposé de position dominante sous le régime de l'article 79, le Tribunal a conclu : i) qu'il y a trois marchés de produit pertinents et six marchés géographiques, et que l'intimée contrôle sensiblement tous ces marchés; ii) que le PDS est bien une pratique, mais ne remplit pas les conditions nécessaires pour être qualifié d'« agissements anti-concurrentiels »; et iii) que la commissaire n'avait pas démontré que le PDS eût empêché ou diminué sensiblement la concurrence. En ce qui a trait à l'allégation d'exclusivité formulée sous le régime de l'article 77, le Tribunal a conclu : i) que le PDS peut être qualifié de pratique d'exclusivité; ii) que l'intimée est un fournisseur important des produits en cause sur les marchés pertinents; et iii) que la preuve produite ne suffisait pas à établir que le PDS eût fait obstacle à l'entrée ou au développement de firmes, ni qu'il eût sur le marché quelque autre effet tendant à exclure, ni que la concurrence eût été ou serait vraisemblablement réduite sensiblement en conséquence de ce programme.

[6] La commissaire interjette appel de cette décision du Tribunal.

[7] On peut dire de façon générale que le présent appel met en cause deux aspects des conclusions du Tribunal : premièrement, la conclusion relative à la diminution sensible de la concurrence pour l'application

finding concerning exclusionary effects under section 77 or anti-competitive acts under section 79. The cross-appeal by Canada Pipe, which concerns the Tribunal's conclusions as to the definition of the relevant product markets and the issue of market power for the purpose of paragraph 79(1)(a), is discussed in separate reasons, as stated earlier.

de l'article 77 aussi bien que de l'article 79; et deuxièmement, la conclusion concernant les effets tendant à exclure visés à l'article 77 ou les agissements anti-concurrentiels visés à l'article 79. Comme nous le disions plus haut, l'appel incident interjeté par Tuyauteries Canada, qui concerne les conclusions formulées par le Tribunal sur la définition des marchés de produit pertinents et la question de la puissance commerciale pour l'application de l'alinéa 79(1)a), fait l'objet d'un exposé de motifs distinct.

[8] In order to facilitate the reading of these reasons, I include the following table of contents:

[8] Voici une table des matières destinée à faciliter la lecture du présent exposé.

<u>Table of Contents</u>	<u>Para.</u>	<u>Table des matières</u>	<u>Paragr.</u>
I. Facts	9	I. Les faits	9
II. Legislative framework	15	II. Le cadre législatif	15
III. Issues	23	III. Les questions en litige	23
IV. Analysis	25	IV. Analyse	25
(A) For the purposes of paragraph 79(1)(c), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially?	29	A) Pour l'application de l'alinéa 79(1)c), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence?	29
(1) The legal test under paragraph 79(1)(c)	35	1) Le critère juridique prévu à l'alinéa 79(1)c)	35
(2) Application of the statutory test for paragraph 79(1)(c)	45	2) L'application du critère prévu à l'alinéa 79(1)c)	45
(3) The Tribunal's paragraph 79(1)(c) decision	49	3) La décision rendue par le Tribunal sous le régime de l'alinéa 79(1)c)	49
(4) Conclusion with respect to paragraph 79(1)(c)	58	4) Conclusion relative à l'alinéa 79(1)c)	58
(B) For the purposes of paragraph 79(1)(b), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP constitutes an "anti-competitive act"?	59	B) Pour l'application de l'alinéa 79(1)b), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS constitue un « agissement anti-concurrentiel »?	59
(1) The legal test under paragraph 79(1)(b)	63	1) Le critère juridique prévu à l'alinéa 79(1)b)	63

(2) The Tribunal's paragraph 79(1)(b) decision	74	2) La décision rendue par le Tribunal sous le régime de l'alinéa 79(1)b)	74
(3) The valid business justification and paragraph 79(1)(b)	84	3) La justification commerciale valable et l'alinéa 79(1)b)	84
(4) Conclusion with respect to paragraph 79(1)(b)	92	4) Conclusion relative à l'alinéa 79(1)b)	92
(C) For the purposes of subsection 77(2), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP has the result that competition is or is likely to be lessened substantially?	93	C) Pour l'application du paragraphe 77(2), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement en conséquence du PDS?	93
(D) For the purposes of subsection 77(2), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP is likely to impede entry or expansion of a firm or a product in a market or have any other exclusionary effect in a market?	96	D) Pour l'application du paragraphe 77(2), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS aura vraisemblablement, sur un marché, soit pour effet de faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme, ou encore au lancement ou à l'expansion des ventes d'un produit, soit quelque autre effet tendant à exclure?	96
V. Conclusion	100	V. Conclusion	100

I. FACTS

[9] The respondent is a Canadian company based in Hamilton, Ontario, which produces and sells through its Bibby Ste-Croix division (Bibby) cast iron drain, waste and vent products. DWV products are used in a wide variety of structures to carry waste and drain water, and to vent plumbing systems. There are three components to a cast iron DWV system: pipe, fittings and mechanical joint (MJ) couplings (collectively "DWV products").

[10] There are currently two domestic manufacturers of cast iron DWV products: Bibby and Vandem Industries (Vandem). Bibby manufactures cast iron DWV pipe and fittings, and imports MJ couplings from its sister companies in the United States. Vandem, which was founded in 1997 (according to the Tribunal; the respondent claims it was 1999, but little turns on this fact) by two former officers of Bibby, manufactures

I. LES FAITS

[9] L'intimée est une entreprise canadienne ayant son siège à Hamilton (Ontario), qui, par l'intermédiaire de sa division Bibby Ste-Croix (Bibby), fabrique et vend des produits d'évacuation et de ventilation en fonte. Les produits d'évacuation et de ventilation sont utilisés dans toutes sortes de bâtiments pour le transport des eaux usées et la ventilation des canalisations. Un système d'évacuation et de ventilation comprend trois éléments : les tuyaux, les raccords et les joints mécaniques (collectivement désignés ci-après « produits d'évacuation et de ventilation »).

[10] Il y a actuellement au Canada deux fabricants de produits d'évacuation et de ventilation en fonte : Bibby et Vandem Industries (Vandem). Bibby fabrique des tuyaux et des raccords en fonte, et importe les joints mécaniques de ses sociétés sœurs aux États-Unis. Vandem, fondée en 1997 (selon le Tribunal) par deux anciens cadres de Bibby, fabrique des tuyaux d'évacuation et de ventilation et importe les raccords et

DWV pipe and imports fittings and couplings. The only Canadian manufacturer of MJ couplings is Rollee Industrial Products (1987) Ltd., but it is not a major player. In addition, there are a limited number of other Canadian importers of cast iron DWV products, who generally import from the United States and the Far East (mainly China and India). Imports of cast iron DWV products for all of Canada, including imports by Bibby and Vandem, represented 5% of total sales in 2002. The respondent is the only company in Canada that manufactures and sells a full range of cast iron DWV products.

[11] Distributors buy DWV products from the suppliers (either manufacturers or importers), and in turn sell to the building, mechanical or plumbing contractors involved in construction or renovation projects. Distributors generally carry DWV pipe and fittings made of various materials; cast iron DWV products usually represent only a small proportion of their inventory and sales. In Canada, there are three major distributors, all with national presence: Wolseley Canada Inc., EMCO Ltd, and Crane Supply. There are also small distributors, some of whom are members of buying groups in order to improve their bargaining power and obtain volume discount advantages.

[12] Contractors buy DWV products from distributors for construction projects upon which they bid. The bidding process is highly competitive, and contractors will try to obtain the best price possible in order to make their bids attractive. Although contractors may have some leeway in deciding what material to use in construction they will generally buy the type of DWV product that has been specified by the architect or mechanical engineer.

[13] The SDP was introduced by Bibby in January 1998. In contrast to the volume-based rebate programs typical in the industry, the SDP is premised on

les joints (l'intimée soutient que Vandem n'a été fondée qu'en 1999, mais la question importe peu en l'espèce). Le seul fabricant canadien de joints mécaniques est Rollee Industrial Products (1987) Ltd., mais il n'est pas un acteur important du marché. Il existe en outre un nombre restreint d'importateurs de produits d'évacuation et de ventilation en fonte, qui importent en général des États-Unis et d'Asie (principalement de Chine et d'Inde). Pour l'ensemble du Canada, les importations, y compris celles de Bibby et de Vandem, représentaient en 2002 une proportion de 5 % des ventes totales de produits d'évacuation et de ventilation en fonte. L'intimée est la seule entreprise au Canada à fabriquer et à vendre une ligne complète de produits d'évacuation et de ventilation en fonte.

[11] Les distributeurs achètent les produits d'évacuation et de ventilation aux fournisseurs (fabricants ou importateurs) et les revendent aux entrepreneurs en bâtiment, en mécanique du bâtiment et en plomberie chargés de travaux de construction ou de rénovation. Les distributeurs stockent en général des tuyaux et des raccords d'évacuation et de ventilation faits de diverses matières : les produits en fonte ne représentent habituellement qu'une proportion restreinte de leurs stocks et de leurs ventes. On compte au Canada trois grands distributeurs, tous implantés à l'échelle nationale : Wolseley Canada Inc., EMCO Ltée et Crane Supply. Il y a aussi de petits distributeurs, dont certains ont formé des groupements d'achats afin d'accroître leur pouvoir de négociation et d'obtenir des remises sur volume.

[12] Les entrepreneurs achètent les produits d'évacuation et de ventilation aux distributeurs pour utilisation dans les travaux qu'ils soumissionnent. Les appels d'offres donnent lieu à une concurrence très vive, et les entrepreneurs essaient d'obtenir le meilleur prix possible afin de rendre leurs soumissions intéressantes. Ils disposent parfois d'une certaine latitude dans le choix des matériaux qu'ils utiliseront dans leurs travaux, mais ils doivent en général acheter les produits d'évacuation et de ventilation du type prescrit par l'architecte ou l'ingénieur mécanicien.

[13] Bibby a lancé le PDS en janvier 1998. Contrairement aux programmes de remises sur volume qui sont typiques dans ce secteur, le PDS est fondé sur

exclusivity, not the volume of purchases. Under the SDP, distributors of Bibby's DWV products obtain quarterly and yearly rebates as well as significant point-of-purchase discounts, in return for stocking only Bibby-supplied cast-iron DWV products. These distributors are free to stock other companies' DWV products which are not made of cast iron, but must purchase all three cast iron DWV products exclusively from the respondent. There are no signed contracts for the SDP: distributors can join at any time, and receive the quarterly and yearly rebates for each completed calendar quarter or year. Distributors who choose not to participate in the SDP are permitted to purchase products from Bibby, albeit at higher prices. There are no restrictions on the resale of cast iron DWV products purchased by distributors who participate in the SDP.

[14] The SDP discounts consist of point-of-sale discounts (for example, 55% of list price for stocking distributors, compared to 94% for non-stocking distributors), as well as quarterly and annual rebates (in 2002, the quarterly rebates were 7, 15 and 9 percent on pipe, fittings and MJ couplings respectively, and the annual rebate was 4 percent for all products). The point-of-sale discount and the rebates vary from one region to another. Any distributor can participate in the SDP, so long as a threshold minimum purchase is made; once this threshold is met, the rebates and discounts are the same for the given region, regardless of the size of the distributor's purchase. As a result, the SDP allows small- and medium-sized distributors to access the same prices as large distributors. The discount is applied at the time of purchase, so long as the distributor has committed to participating in the program, and is not reimbursable even if the distributor leaves the program. Except for losing the rebates, there are therefore no penalties attached to opting out of the SDP.

II. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[15] Three legislative provisions govern the issues to be decided in this appeal, namely sections 77, 78 [as

l'exclusivité et non sur le volume des achats. Les distributeurs des produits d'évacuation et de ventilation de Bibby qui adhèrent au PDS ont droit à des ristournes trimestrielles et annuelles, ainsi qu'à de substantiels abattements à l'achat, à condition de stocker seulement les produits d'évacuation et de ventilation en fonte fournis par Bibby. Ces distributeurs restent libres de stocker les produits d'évacuation et de ventilation d'autres entreprises qui ne sont pas faits en fonte, mais ils doivent acheter exclusivement à l'intimée l'ensemble des trois produits en fonte. Le PDS ne prévoit pas la signature de contrats : les distributeurs peuvent y adhérer n'importe quand et ils touchent les ristournes trimestrielles et annuelles pour chaque trimestre et chaque année calendaires de participation effective. Les distributeurs qui ne souhaitent pas participer au PDS peuvent néanmoins acheter des produits à Bibby, mais à des prix plus élevés. La revente des produits d'évacuation et de ventilation en fonte achetés par les distributeurs qui participent au PDS n'est soumise à aucune restriction.

[14] Les avantages du PDS consistent en abattements à l'achat (par exemple, les distributeurs stockistes ne paient que 55 % du prix de catalogue, contre 94 % pour les distributeurs non-stockistes), ainsi qu'en ristournes trimestrielles et annuelles (en 2002, les ristournes trimestrielles étaient de 7, 15 et 9 % respectivement pour les tuyaux, les raccords et les joints mécaniques, et tous les produits faisaient l'objet d'une ristourne annuelle de 4 %). Les abattements à l'achat et les ristournes varient d'une région à l'autre. Tout distributeur peut participer au PDS, à condition d'acheter le minimum requis; une fois ce seuil atteint, les abattements et les ristournes sont les mêmes pour l'ensemble de la région, quelles que soient les quantités que les distributeurs achètent. Il s'ensuit que le PDS permet aux petits et aux moyens distributeurs de bénéficier des mêmes prix que les grands. L'abattement est inscrit au moment de l'achat, à la seule condition que le distributeur se soit engagé à participer au PDS, et il n'est pas remboursable même si le distributeur se retire du programme. Mis à part la perte des abattements, l'abandon du PDS n'entraîne donc pas de pénalités.

II. LE CADRE LÉGISLATIF

[15] Trois articles de la Loi régissent les questions à trancher dans le présent appel, soit les articles 77, 78

enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 2000, c. 15, s. 13] and 79 of the Act. These sections set out the various elements that must be proven by the Commissioner to establish exclusive dealing and abuse of dominant position, and provide some relevant statutory definitions.

[16] With respect to an alleged abuse of dominant position, the requisite elements for an order are described in subsection 79(1):

79. (1) Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that

(a) one or more persons substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business,

(b) that person or those persons have engaged in or are engaging in a practice of anti-competitive acts, and

(c) the practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market,

the Tribunal may make an order prohibiting all or any of those persons from engaging in that practice.

[17] Subsection 79(4) further specifies that possible superior competitive performance must be considered in making the requisite determination under subsection 79(1) concerning competition:

79. . . .

(4) In determining, for the purposes of subsection (1), whether a practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market, the Tribunal shall consider whether the practice is a result of superior competitive performance.

[18] The term “anti-competitive act”, which is a requisite element pursuant to paragraph 79(1)(b), is not defined in the Act. However, section 78 provides, under the heading “Definition”, a non-exhaustive illustrative list of 11 anti-competitive acts:

[édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 2000, ch. 15, art. 13] et 79. Ces dispositions énoncent les divers éléments que la commissaire doit prouver pour établir l'exclusivité et l'abus de position dominante, ainsi que certaines définitions pertinentes.

[16] Pour ce qui concerne l'abus supposé de position dominante, les conditions qui doivent être remplies pour que soit rendue une ordonnance d'interdiction sont énumérées au paragraphe 79(1) :

79. (1) Lorsque, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut à l'existence de la situation suivante :

a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;

b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anti-concurrentiels;

c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,

le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de se livrer à une telle pratique.

[17] Le paragraphe 79(4) précise que le Tribunal doit prendre en considération le point de savoir si la pratique résulte du rendement concurrentiel supérieur pour rendre la décision relative à la concurrence que prévoit le paragraphe 79(1) :

79. [. . .]

(4) Pour l'application du paragraphe (1), lorsque le Tribunal décide de la question de savoir si une pratique a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché, il doit évaluer si la pratique résulte du rendement concurrentiel supérieur.

[18] La Loi ne définit pas l'expression « agissement anti-concurrentiel », qui constitue une condition préalable à l'ordonnance selon l'alinéa 79(1)b). Cependant, l'article 78 donne à titre indicatif, sous le titre « Définition », une liste de 11 exemples d'agissements anti-concurrentiels :

78. (1) For the purposes of section 79, “anti-competitive act”, without restricting the generality of the term, includes any of the following acts:

(a) squeezing, by a vertically integrated supplier, of the margin available to an unintegrated customer who competes with the supplier, for the purpose of impeding or preventing the customer’s entry into, or expansion in, a market;

(b) acquisition by a supplier of a customer who would otherwise be available to a competitor of the supplier, or acquisition by a customer of a supplier who would otherwise be available to a competitor of the customer, for the purpose of impeding or preventing the competitor’s entry into, or eliminating the competitor from, a market;

(c) freight equalization on the plant of a competitor for the purpose of impeding or preventing the competitor’s entry into, or eliminating the competitor from, a market;

(d) use of fighting brands introduced selectively on a temporary basis to discipline or eliminate a competitor;

(e) pre-emption of scarce facilities or resources required by a competitor for the operation of a business, with the object of withholding the facilities or resources from a market;

(f) buying up of products to prevent the erosion of existing price levels;

(g) adoption of product specifications that are incompatible with products produced by any other person and are designed to prevent his entry into, or to eliminate him from, a market;

(h) requiring or inducing a supplier to sell only or primarily to certain customers, or to refrain from selling to a competitor, with the object of preventing a competitor’s entry into, or expansion in, a market;

(i) selling articles at a price lower than the acquisition cost for the purpose of disciplining or eliminating a competitor;

(j) acts or conduct of a person operating a domestic service, as defined in subsection 55(1) of the *Canada Transportation Act*, that are specified under paragraph (2)(a); and

78. (1) Pour l’application de l’article 79, « agissement anti-concurrentiel » s’entend notamment des agissements suivants :

a) la compression, par un fournisseur intégré verticalement, de la marge bénéficiaire accessible à un client non intégré qui est en concurrence avec ce fournisseur, dans les cas où cette compression a pour but d’empêcher l’entrée ou la participation accrue du client dans un marché ou encore de faire obstacle à cette entrée ou à cette participation accrue;

b) l’acquisition par un fournisseur d’un client qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du fournisseur, ou l’acquisition par un client d’un fournisseur qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du client, dans le but d’empêcher ce concurrent d’entrer dans un marché, dans le but de faire obstacle à cette entrée ou encore dans le but de l’éliminer d’un marché;

c) la péréquation du fret en utilisant comme base l’établissement d’un concurrent dans le but d’empêcher son entrée dans un marché ou d’y faire obstacle ou encore de l’éliminer d’un marché;

d) l’utilisation sélective et temporaire de marques de combat destinées à mettre au pas ou à éliminer un concurrent;

e) la préemption d’installations ou de ressources rares nécessaires à un concurrent pour l’exploitation d’une entreprise, dans le but de retenir ces installations ou ces ressources hors d’un marché;

f) l’achat de produits dans le but d’empêcher l’érosion des structures de prix existantes;

g) l’adoption, pour des produits, de normes incompatibles avec les produits fabriqués par une autre personne et destinées à empêcher l’entrée de cette dernière dans un marché ou à l’éliminer d’un marché;

h) le fait d’inciter un fournisseur à ne vendre uniquement ou principalement qu’à certains clients, ou à ne pas vendre à un concurrent ou encore le fait d’exiger l’une ou l’autre de ces attitudes de la part de ce fournisseur, afin d’empêcher l’entrée ou la participation accrue d’un concurrent dans un marché;

i) le fait de vendre des articles à un prix inférieur au coût d’acquisition de ces articles dans le but de discipliner ou d’éliminer un concurrent;

j) à l’égard des exploitants d’un service intérieur, au sens du paragraphe 55(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, les agissements précisés à l’alinéa (2)a);

(k) the denial by a person operating a domestic service, as defined in subsection 55(1) of the *Canada Transportation Act*, of access on reasonable commercial terms to facilities or services that are essential to the operation in a market of an air service, as defined in that subsection, or refusal by such a person to supply such facilities or services on such terms.

k) le fait pour l'exploitant d'un service intérieur, au sens du paragraphe 55(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, de ne pas donner accès, à des conditions raisonnables dans l'industrie, à des installations ou services essentiels à l'exploitation dans un marché d'un service aérien, au sens de ce paragraphe, ou de refuser de fournir ces installations ou services à de telles conditions.

[19] With respect to exclusive dealing, a statutory definition is provided in subsection 77(1):

77. (1) For the purposes of this section,

“exclusive dealing” means

(a) any practice whereby a supplier of a product, as a condition of supplying the product to a customer, requires that customer to

(i) deal only or primarily in products supplied by or designated by the supplier or the supplier's nominee, or

(ii) refrain from dealing in a specified class or kind of product except as supplied by the supplier or the nominee, and

(b) any practice whereby a supplier of a product induces a customer to meet a condition set out in subparagraph (a)(i) or (ii) by offering to supply the product to the customer on more favourable terms or conditions if the customer agrees to meet the condition set out in either of those subparagraphs;

[20] Subsection 77(2) sets out the elements required to be proven for an order to issue with respect to a practice of exclusive dealing:

77. . . .

(2) Where, on application by the Commissioner or a person granted leave under section 103.1, the Tribunal finds that exclusive dealing or tied selling, because it is engaged in by a major supplier of a product in a market or because it is widespread in a market, is likely to

(a) impede entry into or expansion of a firm in a market,

(b) impede introduction of a product into or expansion of sales of a product in a market, or

[19] Quant au terme « exclusivité », il est défini au paragraphe 77(1) :

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

« exclusivité »

a) Toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit exige d'un client, comme condition à ce qu'il lui fournisse ce produit, que ce client :

(i) soit fasse, seulement ou à titre principal, le commerce de produits fournis ou indiqués par le fournisseur ou la personne qu'il désigne,

(ii) soit s'abstienne de faire le commerce d'une catégorie ou sorte spécifiée de produits, sauf ceux qui sont fournis par le fournisseur ou la personne qu'il désigne;

b) toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit incite un client à se conformer à une condition énoncée au sous-alinéa a)(i) ou (ii) en offrant de lui fournir le produit selon des modalités et conditions plus favorables s'il convient de se conformer à une condition énoncée à l'un ou l'autre de ces sous-alinéas.

[20] Le paragraphe 77(2) énonce les éléments qui doivent être prouvés pour que le Tribunal puisse rendre une ordonnance relativement à une pratique d'exclusivité :

77. [. . .]

(2) Lorsque le Tribunal, à la suite d'une demande du commissaire ou d'une personne autorisée en vertu de l'article 103.1, conclut que l'exclusivité ou les ventes liées, parce que pratiquées par un fournisseur important d'un produit sur un marché ou très répandues sur un marché, auront vraisemblablement :

a) soit pour effet de faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme sur un marché;

b) soit pour effet de faire obstacle au lancement d'un produit sur un marché ou à l'expansion des ventes d'un produit sur un marché;

(c) have any other exclusionary effect in a market,

with the result that competition is or is likely to be lessened substantially, the Tribunal may make an order directed to all or any of the suppliers against whom an order is sought prohibiting them from continuing to engage in that exclusive dealing or tied selling and containing any other requirement that, in its opinion, is necessary to overcome the effects thereof in the market or to restore or stimulate competition in the market.

[21] A parallel structure and logic is readily apparent between the requisite elements for exclusive dealing under subsection 77(2) and abuse of dominant position under subsection 79(1). First, both provisions require an initial determination that the firm in question occupies a position of dominance: subsection 77(2) refers to a “major supplier of a product in a market”, while paragraph 79(1)(a) requires that “one or more persons substantially or completely control . . . a class or species of business”. Second, both provisions call for the identification of a particular type of conduct, namely a practice of exclusive dealing with an exclusionary effect in the case of subsection 77(2), and a practice of anti-competitive acts in the case of subsection 79(1). Third, both provisions require a finding of actual or likely substantial lessening of competition.

[22] While I would not conclude that the legal tests applicable under these two provisions would necessarily produce identical results in all cases, this parallel structure suggests that an overlapping analysis is to be expected.

III. ISSUES

[23] This appeal raises the following four issues:

(A) For the purposes of paragraph 79(1)(c), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP has had, is having or is likely to have the effect

c) soit sur un marché quelque autre effet tendant à exclure,

et qu'en conséquence la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement, le Tribunal peut, par ordonnance, interdire à l'ensemble ou à l'un quelconque des fournisseurs contre lesquels une ordonnance est demandée de pratiquer désormais l'exclusivité ou les ventes liées et prescrire toute autre mesure nécessaire, à son avis, pour supprimer les effets de ces activités sur le marché en question ou pour y rétablir ou y favoriser la concurrence.

[21] On constate un parallélisme évident de structure et de logique entre les conditions auxquelles sont subordonnés l'établissement d'une pratique d'exclusivité sous le régime du paragraphe 77(2) et l'établissement d'un abus de position dominante dans le cadre du paragraphe 79(1). Premièrement, les deux paragraphes exigent d'abord une première conclusion comme quoi l'entreprise en question occupe une position dominante : cette entreprise, selon le paragraphe 77(2), doit être « un fournisseur important d'un produit sur un marché », tandis que, selon l'alinéa 79(1)a), le Tribunal doit conclure qu'« une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises ». Deuxièmement, les deux paragraphes exigent l'établissement d'un comportement particulier, soit, dans le cas du paragraphe 77(2), d'une pratique d'exclusivité qui aura vraisemblablement un effet tendant à exclure, et, dans le cas du paragraphe 79(1), d'une pratique d'agissements anti-concurrentiels. Troisièmement, les deux paragraphes exigent que le Tribunal conclue à l'existence effective ou à la vraisemblance pour l'avenir d'une diminution sensible de la concurrence.

[22] Je n'irais pas jusqu'à dire que les critères juridiques applicables sous le régime de ces deux paragraphes produiront nécessairement des résultats identiques dans tous les cas, mais ce parallélisme laisse prévoir une coïncidence partielle des analyses.

III. LES QUESTIONS EN LITIGE

[23] Le présent appel soulève les quatre questions suivantes :

A) Pour l'application de l'alinéa 79(1)c), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS a, a eu ou aura vraisemblablement

of preventing or lessening competition substantially?

(B) For the purposes of paragraph 79(1)(b), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP constitutes an “anti-competitive act”?

(C) For the purposes of subsection 77(2), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP has the result that competition is or is likely to be lessened substantially?

(D) For the purposes of subsection 77(2), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP is likely to impede entry or expansion of a firm or a product in a market or have any other exclusionary effect in a market?

[24] I will address each of these issues in turn. As the analysis of each issue depends heavily upon the Tribunal’s particular findings and approach, I will summarize the Tribunal’s decision in the context of my analysis of each question.

IV. ANALYSIS

[25] Before proceeding to an analysis of the issues listed above, a preliminary observation concerning analytic methodology and evidentiary limitations in the competition law context might be helpful. Each of the legislative provisions governing this appeal define a series of elements that must be proven in order to ground the particular order that is sought; if any of these elements is not established, the Commissioner’s application must fail. Both section 77 and section 79 specify three distinct elements, and each of these elements is at issue in the appeal or cross-appeal in this case.

[26] The multi-element structures of sections 77 and 79 suggest that the applicable legal tests consist of several discrete subtests, each corresponding to a different requisite element. Indeed, this interpretation appears necessary to give effect to the “well accepted

pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence?

B) Pour l’application de l’alinéa 79(1)b), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS constitue un « agissement anti-concurrentiel »?

C) Pour l’application du paragraphe 77(2), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement en conséquence du PDS?

D) Pour l’application du paragraphe 77(2), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS aura vraisemblablement, sur un marché, soit pour effet de faire obstacle à l’entrée ou au développement d’une firme, ou encore au lancement ou à l’expansion des ventes d’un produit, soit quelque autre effet tendant à exclure?

[24] Je traiterai ces questions successivement. Comme l’analyse de chacune dépend dans une mesure considérable des conclusions et de l’approche correspondantes du Tribunal, je résumerai la décision de ce dernier dans le contexte de mon examen de chaque question.

IV. ANALYSE

[25] Il ne serait peut-être pas inutile de proposer, avant d’entreprendre l’analyse des questions énumérées ci-dessus, quelques observations préliminaires sur la méthode d’analyse à suivre et les limites auxquelles la preuve est soumise dans le contexte du droit de la concurrence. Chacune des dispositions législatives applicables au présent appel définit une série d’éléments qu’il faut prouver pour justifier l’ordonnance souhaitée; si l’un ou l’autre de ces éléments n’est pas établi, la demande du commissaire doit être rejetée. L’article 77 aussi bien que l’article 79 spécifient trois éléments distincts, dont chacun est en question dans le présent appel et dans l’appel incident interjeté parallèlement.

[26] La pluralité des conditions prévues aux articles 77 et 79 donne à penser que les critères juridiques applicables doivent se décomposer en plusieurs sous-critères distincts, chacun correspondant à une condition distincte. En fait, cette interprétation paraît nécessaire

principle of statutory interpretation that no legislative provision should be interpreted so as to render it mere surplusage” (*R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, at paragraph 28; see also *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 27). Each statutory element must give rise to a distinct legal test, for otherwise the interpretation risks rendering a portion of the statute meaningless or redundant.

[27] The difficulty arises, however, when the necessary distinct subtests are examined in light of the available evidence in a given case. In the abuse of dominance context, the economic concepts upon which the legal tests are based often cannot be readily extracted from the available evidence. For example, in many cases the foundational concept of market power cannot be established directly; instead, one must look to relevant indirect indicators. However, these indirect indicators are often relevant with respect to more than one element. As a result, the same evidence—for example, concerning barriers to entry, or market share—is potentially and unavoidably relied upon at several points in the analysis, in respect of different requisite elements. In its first abuse of dominance case, *Canada (Director of Investigation and Research) v. NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (*NutraSweet*), the Competition Tribunal noted that this difficulty “is pervasive in competition law because the relevant factors in the different statutory elements are rarely distinct and it is impossible not to draw on common factors whenever required” (page 28).

[28] However, it is important that the correct approach to the overlapping use of supporting evidence in the competition context be properly understood, so as to avoid the interpretive danger of impermissible erosion or conflation of the discrete underlying statutory tests. Although a particular piece of supporting evidence may be employed as an indirect indicator in respect of more than one element, the elements themselves must remain conceptually distinct. I will return to this point in my analysis of the questions at issue in the appeal at bar.

pour mettre en œuvre le « principe d’interprétation législative reconnu [suivant lequel] une disposition législative ne devrait jamais être interprétée de façon telle qu’elle devienne superfétatoire » : *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, au paragraphe 28; voir aussi *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 27. À chaque condition prévue par la loi applicable doit correspondre un critère juridique distinct, faute de quoi l’interprétation risque de priver de sens ou de rendre superflue une partie de cette loi.

[27] Il se pose cependant un problème lorsque les sous-critères distincts reconnus comme nécessaires sont examinés à la lumière de la preuve produite dans une affaire déterminée. Dans le contexte de l’abus de position dominante, il arrive souvent qu’on ne puisse extraire facilement de la preuve au dossier les concepts économiques sur lesquels se fondent les critères juridiques. Dans bien des cas, par exemple, l’élément fondamental qu’est la puissance commerciale ne peut être établi directement, mais doit l’être au moyen d’indicateurs indirects pertinents. Cependant, ces indicateurs indirects sont souvent pertinents à l’égard de plus d’un élément. Par suite, il se révèle possible et inévitable de se fonder sur les mêmes éléments de preuve—concernant par exemple les obstacles à l’entrée ou la part de marché—à divers moments de l’analyse et à l’égard de conditions différentes prévues par la loi. Dans sa première décision relative à l’abus de position dominante, *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co.*, CT-1989-002 (*NutraSweet*), le Tribunal de la concurrence notait que ce problème « est courant dans le droit de la concurrence parce que les facteurs pertinents des différentes dispositions législatives sont rarement distincts et [que] l’on doit nécessairement se fonder sur des facteurs communs au besoin » (page 55).

[28] Il est toutefois important de bien comprendre quelle est la manière juste d’aborder cette difficulté de l’utilisation coïncidente des éléments de preuve dans le contexte de la concurrence si l’on veut éviter le danger que représente pour l’interprétation l’inacceptable érosion ou fusion des critères juridiques distincts qui doivent la guider. S’il est permis d’utiliser un élément de preuve donné comme indicateur indirect à l’égard de plus d’une condition prévue par la Loi, les conditions elles-mêmes doivent rester conceptuellement distinctes.

(A) For the purposes of paragraph 79(1)(c), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially?

[29] I begin my analysis with the issue of substantial lessening of competition for the purposes of paragraph 79(1)(c), for it is on this question that I am most clearly convinced that this Court's intervention is required. My conclusion in this regard follows directly from an interpretation of the governing statutory language. In short, I have concluded that the Tribunal erred in law in its analytic approach with respect to the legal test applicable under paragraph 79(1)(c).

[30] Before this Court, the appellant argued that the Tribunal erred in law in its interpretation of paragraph 79(1)(c) and failed to apply the correct legal test. The appellant argued that the statutory language—and in particular the use of the relative concept “lessening”—mandates an assessment of the effect of the impugned practice on competition in the relevant markets, which can only be properly accomplished by comparing the competitiveness of the relevant markets in the presence and absence of the impugned practice. The appellant submitted that the correct legal test for assessing competitive effects therefore involves a “but for” analysis: would markets—in the past, present or future—be substantially more competitive but for the impugned practice? Or, in other words, but for the impugned practice, would markets be characterized by greater price competition, choice, service or innovation than exists in the presence of this practice? The Tribunal thus erred, the appellant contended, in that its assessment of substantial lessening of competition focussed virtually exclusively on the narrow question of whether the SDP prevented entry or switching of suppliers, or in other words, whether a substantial level of competition continued to exist in the relevant market. Rather, the Tribunal should have considered the broader question of whether the SDP impeded or hindered the competition that would otherwise exist if the program were absent from the market.

Je reviendrai sur ce point dans mon analyse des questions en litige dans le présent appel.

A) Pour l'application de l'alinéa 79(1)c), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence?

[29] Je commence mon analyse par la question de la diminution sensible de la concurrence pour l'application de l'alinéa 79(1)c), parce que c'est sur cette question que je suis le plus convaincue que notre Cour doit intervenir. Ma conclusion à cet égard découle directement d'une interprétation du libellé des dispositions législatives applicables. Je dirai d'emblée que le Tribunal a commis une erreur de droit dans son approche analytique du critère juridique applicable sous le régime de l'alinéa 79(1)c).

[30] L'appelante soutient devant notre Cour que le Tribunal a commis une erreur de droit dans son interprétation de l'alinéa 79(1)c) et n'a pas appliqué le critère juridique qui convient. Elle fait valoir que le libellé de la Loi—en particulier par son emploi du concept relatif qu'exprime le verbe « diminuer »—commande une évaluation de l'effet de la pratique attaquée sur la concurrence dans les marchés pertinents, évaluation qu'on ne peut bien effectuer qu'en comparant les niveaux de ladite concurrence qui correspondent respectivement à la présence et à l'absence hypothétique de cette pratique. Selon l'appelante, le critère juridique qu'il faut appliquer à l'évaluation des effets sur la concurrence nécessite donc une analyse fondée sur l'« absence hypothétique » (“*but for*” analysis) : il convient de se demander si les marchés auraient été, ou seraient actuellement ou dans l'avenir, sensiblement plus concurrentiels en l'absence de (*but for*) la pratique contestée. Autrement dit, en l'absence de la pratique attaquée, les marchés se caractériseraient-ils par une plus grande concurrence des prix, un choix plus large, un meilleur service ou une tendance plus forte à l'innovation que dans le cas où cette pratique est présente? Le Tribunal s'est donc trompé, affirme l'appelante, en axant son évaluation de la diminution sensible de la concurrence à peu près exclusivement sur la question restreinte de savoir si le PDS empêchait l'entrée de concurrents (*competitors*) ou le changement

[31] In response, the respondent submitted two main arguments challenging the Commissioner's proposed "but for" test. First, the respondent argued that the "but for" test was a "novel approach", which the Commissioner had never before advocated before the Tribunal, either in this case or in prior proceedings under section 79. As a result, the respondent contended, the appellant is precluded from introducing this new argument at the appellate level. In this regard, the respondent cited this Court's comments in *Gravel and Lake Services Ltd. v. Bay Ocean Management Inc.* (2002), 298 N.R. 369, at paragraph 8; *SMX Shopping Centre Ltd. v. Canada*, [2003] 2 C.T.C. 48, at paragraph 32; and *Naguib v. Canada*, [2004] 2 C.T.C. 215, at paragraph 7 for the proposition that a new argument may not be raised for the first time on appeal if the responding party would be prejudiced by having had no opportunity to adduce evidence that could, if accepted, defeat the argument. In this case, the respondent maintained that the record contains little or no evidence to establish the likely characteristics of the necessary hypothetical "but for" market. Moreover, Canada Pipe would have argued its case very differently had it had notice at the Tribunal level of the Commissioner's new "but for" test; in particular, it would have retained experts to model the hypothetical comparator markets that would exist "but for" the SDP.

[32] Second, or in the alternative, the respondent asserted that the Tribunal adopted the correct, well-established approach in its determination under paragraph 79(1)(c), and properly considered all relevant factors. The Tribunal reached its conclusion by carefully exercising its considerable expertise in appraising and weighing the relevant factors, and the respondent argued that since its conclusion on this question of mixed law and fact was not unreasonable, this Court should not

de fournisseurs, autrement dit sur la question de savoir si un niveau sensible de concurrence était maintenu sur le marché pertinent; il aurait plutôt dû se poser la question plus large de savoir si le PDS représentait un obstacle ou un frein pour la concurrence qui caractériserait le marché en l'absence de ce programme.

[31] L'intimée oppose deux arguments principaux au critère de l'« absence hypothétique » proposé par la commissaire. Premièrement, soutient-elle, ce critère constitue une [TRADUCTION] « approche inédite », que la commissaire n'a jamais invoquée devant le Tribunal, que ce soit dans la présente affaire ou dans d'autres relevant de l'article 79. Par conséquent, fait valoir l'intimée, il est interdit à l'appelante de présenter ce nouveau moyen en appel. À ce propos, l'intimée a invoqué, à l'appui de la thèse qu'un nouvel argument ne peut être avancé pour la première fois en appel dans le cas où la partie intimée en subirait un préjudice du fait de n'avoir pas eu la possibilité de produire des éléments de preuve qui, acceptés, eussent pu réfuter cet argument, les observations formulées par notre Cour : au paragraphe 8 de *Gravel and Lake Services Ltd. c. Bay Ocean Management Inc.*, 2002 CAF 465; au paragraphe 32 de *SMX Shopping Centre Ltd. c. Canada*, 2003 CAF 479; et au paragraphe 7 de *Naguib c. Canada*, 2004 CAF 40. Pour ce qui concerne la présente espèce, l'intimée soutient que le dossier ne contient pas, ou guère, d'éléments de preuve tendant à établir les caractéristiques probables du marché hypothétique qu'il faudrait décrire aux fins de comparaison. En outre, Tuyauteries Canada aurait fait valoir des moyens très différents si elle avait été informée au niveau du Tribunal du nouveau critère de l'« absence hypothétique » proposé par la commissaire; en particulier, elle aurait engagé des experts pour modéliser, aux fins de comparaison, le marché qui existerait hypothétiquement « en l'absence » du PDS.

[32] Deuxièmement, ou subsidiairement, l'intimée soutient que le Tribunal a adopté l'approche qui convient, déjà bien établie, pour arriver à sa conclusion sous le régime de l'alinéa 79(1)c), et qu'il a régulièrement pris en considération tous les facteurs pertinents. Le Tribunal est arrivé à cette conclusion en exerçant avec soin son expertise considérable dans l'appréciation et la pondération des facteurs pertinents et, comme sa décision sur cette question mixte de droit

interfere.

[33] Although initially appealing, the respondent's first argument cannot be sustained, for several reasons. The legal principle cited by the respondent, with respect to the impropriety of an appellate court considering an entirely new argument which had not been raised below and in relation to which additional evidence is required, is indeed well established: see, for example, *The SS "Tordenskjold" v. The SS "Euphemia"* (1908), 41 S.C.R. 154; *Perka et al. v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, at page 240; *R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381, at paragraph 26; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraph 58. However, this principle is inapplicable in the instant case, for the appellant's argument is not in fact "entirely new" (*Perka*, at page 240). As I explain further below, although the Competition Tribunal has not used the "but for" wording in its previous cases, this wording appears in *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions* issued by the appellant, and the substance of this legal test has been articulated and applied by the Tribunal in prior decisions. The respondent thus had ample notice of this argument. Moreover, the primary concern underlying the general prohibition—namely, that the evidentiary record is insufficient to support the new argument (*Keegstra*, at paragraph 26)—also does not apply in this case, for the Commissioner bears the burden of establishing each statutory element; if insufficient evidence exists to meet the "but for" test, no order will issue.

[34] As to the respondent's second argument, I am not persuaded that the Tribunal's error with respect to its determination under paragraph 79(1)(c) is one of mixed law and fact. The appellant's argument calls for an exercise of statutory interpretation, to determine whether the statutory language indeed mandates a particular analytic approach. As the Supreme Court of Canada noted in *Canada (Director of Investigation and*

et de fait n'est pas déraisonnable, la Cour ne devrait pas la remettre en cause.

[33] Bien que séduisant à première vue, le premier argument de l'intimée ne peut être retenu, pour plusieurs raisons. Le principe juridique invoqué par l'intimée, selon lequel il n'est pas permis à une cour d'appel de prendre en considération un argument entièrement nouveau qui n'a pas été avancé en première instance et à l'égard duquel de nouveaux éléments de preuve sont nécessaires, est effectivement bien établi; voir par exemple : *The SS "Tordenskjold" v. The SS "Euphemia"* (1908), 41 R.C.S. 154; *Perka et autres c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, à la page 240; *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381, au paragraphe 26; et *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 58. Cependant, ce principe n'est pas applicable à la présente espèce, car l'argument de l'appelante n'est pas en fait « entièrement nouveau » (*Perka*, à la page 240). Comme je l'explique de manière plus détaillée ci-dessous, s'il est vrai que le Tribunal de la concurrence n'a pas employé la terminologie de l'« absence hypothétique » dans sa jurisprudence, l'expression « en l'absence de » figure textuellement à ce propos dans les *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante* publiées par l'appelante, et le Tribunal a formulé et appliqué la substance de ce critère juridique dans des décisions antérieures. L'intimée a donc été informée largement à l'avance de cet argument. En outre, la crainte principale qui sous-tend l'interdiction générale—à savoir celle que le dossier de la preuve ne suffise pas à étayer le nouvel argument (*Keegstra*, au paragraphe 26)—n'a pas lieu d'être dans la présente espèce, étant donné que la commissaire a la charge d'établir la réalisation de chacune des conditions prévues par la Loi; si la preuve produite ne suffit pas à remplir le critère de l'« absence hypothétique », il ne sera pas rendu d'ordonnance.

[34] Quant au deuxième argument de l'intimée, je ne suis pas persuadée que l'erreur commise par le Tribunal dans la conclusion qu'il a formulée sous le régime de l'alinéa 79(1)c) ait pour objet une question mixte de droit et de fait. L'argument de l'appelante nécessite une opération d'interprétation de la Loi, destinée à établir si le libellé de celle-ci prescrit effectivement un mode d'analyse déterminé. Comme la Cour suprême du

Research) v. *Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paragraph 36 (*Southam*), questions of statutory interpretation “are generally questions of law,” as such questions have “the potential to apply widely to many cases”. In the case at bar, the Tribunal’s actual appraisal and weighting of different factors—that is, the question of mixed law and fact—is a secondary question, arising only once it has been determined whether the correct legal test was applied. While the Tribunal has economics and competition law expertise in relation to the determinations of fact and mixed law and fact required for the application of the correct legal test, this is not sufficient to displace the expertise of this Court with respect to statutory interpretation itself. As this Court has previously determined—and indeed, the parties do not dispute—the Tribunal’s conclusions on questions of law are to be reviewed on the standard of correctness: *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, [2001] 3 F.C. 185 (C.A.) (*Superior Propane*), at paragraph 88.

(1) The legal test under paragraph 79(1)(c)

[35] In light of the appellant’s argument, I must consider the correct statutory interpretation of paragraph 79(1)(c), which, for convenience’s sake, I set out again:

79. (1) Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that

...

(c) the practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market,

[36] Two aspects of the scope of paragraph 79(1)(c) are immediately evident from the wording. First, the effect on competition is to be assessed by reference to up to three different time frames: actual effects in the past or present, and likely effects in the future. Second, the effect on competition which must be proven to ground an order prohibiting an abuse of dominance is one of substantial preventing or lessening. The requisite

Canada le faisait observer au paragraphe 36 de *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748 (*Southam*), les questions d’interprétation des lois « sont généralement des questions de droit », étant donné qu’elles sont « susceptible[s] de s’appliquer à un grand nombre de cas ». Dans la présente espèce, l’opération effective d’évaluation et de pondération de divers facteurs accomplie par le Tribunal—c’est-à-dire la question mixte de droit et de fait—est une question secondaire, qui se pose seulement une fois qu’on a établi si le Tribunal a appliqué le critère juridique qui convient. S’il est vrai que le Tribunal possède une expertise en science économique et en droit de la concurrence pour ce qui concerne les conclusions de fait et les conclusions mixtes de droit et de fait qu’exige l’application du critère juridique approprié, cette expertise ne suffit pas à remplacer celle de notre Cour en matière d’interprétation des lois. Or, comme notre Cour l’a déjà établi—et, en fait, les parties ne le contestent pas —, les conclusions du Tribunal sur des questions de droit doivent être contrôlées suivant la norme de la décision correcte : *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, [2001] 3 C.F. 185 (C.A.) (*Supérieur Propane*), au paragraphe 88.

1) Le critère juridique prévu à l’alinéa 79(1)(c)

[35] L’argument de l’appelante m’oblige à examiner la question de l’interprétation correcte de l’alinéa 79(1)(c), que je reproduis ici de nouveau pour la commodité du lecteur :

79. (1) Lorsque, à la suite d’une demande du commissaire, il conclut à l’existence de la situation suivante :

[. . .]

c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,

[36] Deux aspects de la portée de l’alinéa 79(1)(c) ressortent immédiatement de son libellé. Premièrement, l’effet sur la concurrence doit être évalué par rapport aux trois divisions du temps : il faut prendre en considération l’effet réel dans le passé et dans le présent, et l’effet vraisemblable dans l’avenir. Deuxièmement, l’effet sur la concurrence qui doit être établi pour motiver une ordonnance d’interdiction d’abus de

assessment is thus a relative one: it is not the absolute level of competition in a market which must be substantial, but rather the preventing or lessening of competition that results from the impugned practice must be substantial.

[37] The test mandated by paragraph 79(1)(c) is not whether the relevant markets would or did attain a certain level of competitiveness in the absence of the impugned practice, or whether the level of competitiveness observed in the presence of the impugned practice is “high enough” or otherwise acceptable. These are absolute evaluations, while the statutory language of “effect of preventing or lessening . . . substantially” clearly demands a relative and comparative assessment. In order to achieve the inquiry dictated by the statutory language of paragraph 79(1)(c), the Tribunal must compare the level of competitiveness in the presence of the impugned practice with that which would exist in the absence of the practice, and then determine whether the preventing or lessening of competition, if any, is “substantial”. This comparison must be done with reference to actual effects in the past and present, as well as likely future effects. Only through such a comparative approach can the Tribunal determine, as the statutory provision requires, whether the impugned practice “has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially”.

[38] The comparative interpretation described above is in my view equivalent to the “but for” test proposed by the appellant. Apart from its arguments concerning the evidentiary difficulties involved in the application of such a test at the appeal stage in this case, the respondent did not advance any reasons of principle or statutory interpretation as to why this approach to paragraph 79(1)(c) is incorrect or inappropriate. I would therefore endorse the formulation of the legal test proposed by the appellant: the question that must be assessed for the purposes of paragraph 79(1)(c) is, would the relevant markets—in the past, present or future—be substantially more competitive but for the impugned practice of anti-competitive acts?

position dominante est le fait de l’empêcher ou de la diminuer sensiblement. L’évaluation prescrite revêt donc un caractère relatif : ce n’est pas le niveau absolu de la concurrence sur un marché qui doit être sensible, mais plutôt la mesure dans laquelle la concurrence est empêchée ou diminuée par suite de la pratique attaquée.

[37] Le critère dont l’alinéa 79(1)c) prescrit l’application ne consiste pas à se demander si les marchés pertinents atteindraient ou ont atteint un niveau déterminé de concurrence en l’absence de la pratique attaquée, ou si le niveau de concurrence observé sur le marché tel qu’il est déterminé par la présence de cette pratique est « suffisamment élevé » ou acceptable pour d’autres raisons. Ce sont là des évaluations dans l’absolu, alors que le libellé de la Loi (« pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement ») commande à l’évidence une évaluation relative et comparative. Pour mener à bien l’examen que dicte le libellé de l’alinéa 79(1)c), le Tribunal doit comparer le niveau de concurrence sur le marché caractérisé par la présence de la pratique attaquée au niveau qui existerait en l’absence de cette pratique, pour ensuite établir si la concurrence est empêchée ou diminuée « sensiblement », en supposant qu’elle le soit tant soit peu. Cette comparaison doit se faire en tenant compte des effets réels dans le passé et dans le présent, ainsi que des effets vraisemblables dans l’avenir. Ce n’est que par cette approche comparative que le Tribunal peut établir, comme la disposition applicable l’exige, si la pratique attaquée « a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence ».

[38] Or, l’interprétation comparative que je viens de décrire est à mon sens équivalente au critère de l’« absence hypothétique » proposé par l’appelante. Mis à part ses arguments touchant les difficultés relatives à la preuve qu’entraîne l’application d’un tel critère à l’étape de l’appel dans la présente affaire, l’intimée n’a avancé aucun argument de principe ou d’interprétation des lois qui tendrait à démontrer le caractère erroné ou incorrect de cette manière d’aborder l’alinéa 79(1)c). En conséquence, je suis d’avis de souscrire à la formulation du critère juridique proposée par l’appelante : la question qui doit être examinée pour l’application de l’alinéa 79(1)c) est celle de savoir si les marchés pertinents auraient été, ou seraient actuellement ou dans

l'avenir, sensiblement plus concurrentiels en l'absence de la pratique attaquée d'agissements anti-concurrentiels.

[39] It is important to note that the “but for” wording appears in the *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions* issued by the appellant, which Guidelines are expressly intended to “help the general public, business people, and their legal and economic advisors to better understand . . . the general approach taken by the Competition Bureau . . . to enforce these provisions” (see *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions*, section 1.1). In describing the Commissioner’s approach to assessing the effects of anti-competitive acts for the purposes of paragraph 79(1)(c), the Guidelines employ the “but for” wording (see section 3.2.4).

[40] The expression “but for” has also appeared in American antitrust jurisprudence. In *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000), at page 1055, the Court referred to the difficulty of constructing a hypothetical market:

Notwithstanding the complex nature of the conduct at issue, Dr. Hall was required to construct a hypothetical market, a “but for” market, free of the restraints and conduct alleged to be anticompetitive. The difficulty of such a task has long been recognized by courts in antitrust cases. [Emphasis added.]

[41] In substance, the “but for” interpretation of paragraph 79(1)(c) is also accordant with the Tribunal’s interpretations in earlier abuse of dominance cases. Although the “but for” wording does not appear in the statutory provision or in previous Tribunal decisions, this legal test does not, as the respondent alleges, “amount . . . to an attempt by the Commissioner to re-write the Act at the appellate stage of this

[39] Il est important de noter que les termes « en l'absence de » (*but for*) apparaissent à ce propos dans les *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante* publiées par l'appelante, lesquelles, expressément, « s’adressent au grand public, ainsi qu’aux gens d'affaires et à leurs conseillers juridiques et économiques » et ont été conçues « pour les aider à mieux comprendre l’objet des dispositions sur l’abus de position dominante, et l’approche généralement suivie par le Bureau de la concurrence [...] pour assurer leur application » (voir *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante*, section 1.1). Dans l’exposé que proposent les Lignes directrices de l’approche suivie par le commissaire dans l’évaluation des effets des agissements anti-concurrentiels pour l’application de l’alinéa 79(1)c), on retrouve textuellement les termes « en l'absence de » (*but for*) (voir la section 3.2.4).

[40] L’expression *but for* (« en l'absence de » ou « absence hypothétique ») apparaît aussi dans la jurisprudence antitrust américaine. On trouve ainsi à la page 1055 de *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000), le passage suivant touchant la difficulté de construire un marché hypothétique :

[TRADUCTION] Malgré la nature complexe du comportement en question, il a été demandé à M. Hall de construire un marché fondé sur l’« absence hypothétique » des restrictions et du comportement dont on affirme le caractère anti-concurrentiel. La difficulté d’une telle tâche est reconnue depuis longtemps par les tribunaux judiciaires appelés à statuer dans des affaires antitrust. [Non souligné dans l’original.]

[41] L’interprétation de l’alinéa 79(1)c) fondée sur le critère de l’« absence hypothétique » s’accorde aussi en substance avec les interprétations données par le Tribunal dans les affaires antérieures d’abus de position dominante. Bien que les expressions « en l'absence de » ou « absence hypothétique » ne figurent à ce propos ni dans la disposition législative applicable ni dans les décisions antérieures du Tribunal, ce critère juridique

proceeding” (respondent’s memorandum of fact and law, paragraph 102). Rather, the “but for” test reflects the plain meaning of the statutory language of paragraph 79(1)(c), and corresponds to the Tribunal’s analysis in its previous decisions with respect to this provision.

[42] The Tribunal’s use of a comparative and relative test for paragraph 79(1)(c) is evident in its descriptions, in previous abuse of dominance cases, of the appropriate analytic approach for determining whether there exists an actual or likely substantial lessening of competition. In *Canada (Director of Investigation and Research) v. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 289 (Comp. Trib.) (*Laidlaw*), the Tribunal specifically endorsed an assessment based upon comparison of the competitiveness of the relevant markets with and without the impugned practice (at pages 344-346):

Laidlaw argues that the Director has not demonstrated that there has been any substantial lessening of competition in the relevant markets. It is argued that no analysis has been done of the state of competition in the markets before Laidlaw entered compared to what exists now.

...

It is not just the number of competitors and comparative market shares which are relevant in considering whether a substantial lessening of competition has occurred. . . . [T]he substantial lessening which is to be assessed need not necessarily be proved by weighing the competitiveness of the market in the past with its competitiveness at present. Substantial lessening can also be assessed by reference to the competitiveness of the market in the presence of the anti-competitive acts and its likely competitiveness in their absence. [Emphasis added.]

Similarly, in *Canada (Director of Investigation and Research) v. D & B Companies of Canada Ltd.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 216 (*D & B*), the Tribunal described as follows the appropriate approach to assessing the existence of a substantial lessening of competition (at page 267):

n’équivaut pas, comme l’affirme l’intimée, [TRADUCTION] « à une tentative de réécriture de la Loi par la commissaire à l’étape de l’appel de la présente affaire » (exposé des faits et du droit de l’intimée, paragraphe 102). Le critère de l’« absence hypothétique » correspond en effet à la fois au sens manifeste du libellé de l’alinéa 79(1)c) et à l’analyse effectuée par le Tribunal dans ses décisions antérieures pour l’application de cet alinéa.

[42] L’utilisation par le Tribunal d’un critère comparatif et relatif pour l’alinéa 79(1)c) ressort à l’évidence des définitions qu’il a proposées dans les affaires antérieures d’abus de position dominante du mode d’analyse à appliquer pour établir s’il y a eu, s’il y a ou s’il y aura vraisemblablement une diminution sensible de la concurrence. Ainsi aux pages 116, 118 et 119 de *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*, CT-1991-002 (*Laidlaw*), le Tribunal a expressément souscrit à l’idée d’une évaluation fondée sur la comparaison des niveaux de concurrence des marchés pertinents selon que la pratique attaquée y est ou non présente :

Laidlaw soutient que le directeur n’a pas fait la preuve qu’il y eu diminution sensible de la concurrence dans les marchés pertinents. Elle soutient qu’aucune analyse n’a été effectuée eu égard à l’état de la concurrence dans ces marchés avant et après l’entrée dans les marchés de Laidlaw.

[...]

Il ne faut pas s’en tenir seulement au nombre de concurrents et à leur part relative du marché pour établir s’il y a eu diminution sensible de la concurrence [...] [P]our établir qu’il y a eu diminution sensible de la concurrence, il n’est pas nécessaire de comparer, chiffres à l’appui, le niveau de concurrence qui régnait par le passé dans le marché avec celui qui y règne aujourd’hui. On peut également évaluer la diminution sensible de la concurrence en mesurant le niveau de compétitivité qui existe dans un marché dans lequel une entreprise se livre à des agissements anticoncurrentiels, et estimer le niveau probable de compétitivité en l’absence de ces agissements. [Non souligné dans l’original.]

De même, à la page 88 de *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. D & B Companies of Canada Ltd.*, CT-1994-001 (*D & B*), le Tribunal décrivait comme suit la marche à suivre pour établir s’il existe une diminution sensible de la concurrence :

First, we must establish what the conditions of entry would be without the exclusives [the impugned practice of anti-competitive acts] and, then, determine how the anti-competitive acts altered the prospects for economically feasible entry.

The correspondence between these formulations and the “but for” test described above is readily apparent.

[43] The Tribunal’s previous abuse of dominance decisions also highlight the centrality of relative comparison in the test mandated by paragraph 79(1)(c). The test for substantial lessening of competition articulated by the Tribunal in *NutraSweet*, *Laidlaw*, and *D & B*, in all cases depends upon this relative comparative aspect (*NutraSweet*, at page 47):

The factors to be considered in deciding whether competition has been or is likely to be substantially lessened are similar to those that were discussed in concluding that NSC [NutraSweet Co.] has market power [that is, market share and entry barriers]. In essence, the question to be decided is whether the anti-competitive acts engaged in by NSC preserve or add to NSC’s market power.

The issue with respect to the contract terms associated with exclusivity and the use of the United States patent as leverage in competing for Canadian customers is the degree to which these anti-competitive acts add to the entry barriers into the Canadian market and, additionally therefore, into the industry. [Emphasis added.]

Laidlaw, at pages 347-348:

There is no reason to doubt that based solely on the economics of lift-on-board service that these should be highly competitive markets. The evidence shows, however, that the effect of the contracts is to make entry sufficiently difficult so that it no longer effectively polices the market. The evidence demonstrates that a new firm can acquire a certain number of customers but that it cannot establish a customer base with sufficient rapidity to make entry attractive. In the markets in question there is no doubt that acquisition practices of *Laidlaw* buttressed by the creation of artificial barriers to entry through the contracts have resulted in a substantial lessening of competition. [Emphasis added.]

Premièrement, nous devons déterminer quelles seraient les conditions d’accès au marché en l’absence des clauses d’exclusivité [la pratique d’agissements anti-concurrentiels attaquée], puis dans quelle mesure les agissements anti-concurrentiels ont modifié la perspective d’une entrée économiquement viable sur le marché.

On constate une correspondance manifeste entre ces formulations et le critère de l’« absence hypothétique » défini plus haut.

[43] Les décisions antérieures du Tribunal en matière d’abus de position dominante font également ressortir le caractère central de la comparaison relative dans le critère dont l’alinéa 79(1)c) prescrit l’application. Le critère de la diminution sensible de la concurrence formulé par le Tribunal dans *NutraSweet*, *Laidlaw* et *D & B*, dépend dans tous les cas de cet aspect relatif et comparatif (*NutraSweet*, à la page 91) :

Les facteurs à prendre en considération pour déterminer si la concurrence a été ou risque d’être diminuée sensiblement sont semblables à ceux qui ont été mentionnés au moment où il a été conclu que NSC [NutraSweet Co.] constitue une puissance sur le marché [ces facteurs sont la part de marché et les obstacles à l’entrée]. Essentiellement, il faut déterminer si les agissements anticoncurrentiels auxquels se livre NSC préservent ou augmentent son emprise sur le marché.

Par rapport aux modalités des contrats relatives à l’exclusivité et à l’utilisation du brevet américain pour gagner les clients canadiens, la question est de savoir dans quelle mesure ces agissements anticoncurrentiels renforcent les obstacles à l’accès au marché canadien et, partant, à l’industrie [Non souligné dans l’original.]

Laidlaw, à la page 123 :

Il n’y a pas lieu de douter qu’en se fondant seulement sur les réalités économiques du service de vidage de conteneurs sur place, il devrait régner une vive concurrence dans les marchés. Toutefois, les éléments de preuve révèlent que les contrats ont pour conséquence de rendre l’entrée dans le marché suffisamment difficile de sorte que l’arrivée de nouvelles entreprises ne s’avère plus un moyen efficace de contrôler les prix. La preuve révèle également qu’une nouvelle entreprise peut recruter un certain nombre de clients mais qu’elle ne peut y parvenir dans un délai suffisamment court pour faire de l’entrée dans un marché une perspective attrayante. Dans les marchés en cause, il n’y a aucun doute que les pratiques d’acquisition de *Laidlaw*, conjuguées à l’imposition d’obstacles artificiels à l’entrée dans le marché, obstacles que constituent les contrats, se sont traduites par une diminution sensible de la concurrence. [Non souligné dans l’original.]

D & B, at pages 266-267:

The central issue to be decided in determining whether the Director has satisfied this third element [of subsection 79(1)] is the effect of the exclusives with retailers and the long-term contracts with customers on the conditions of entry into the market. Or, to paraphrase the words of the Tribunal in *NutraSweet*, in essence, the question to be decided is whether the anti-competitive acts engaged in by Nielsen [*D & B*] preserve or add to Nielsen's market power. [Emphasis added.]

Clearly, the assessment envisaged and undertaken by the Tribunal in all these cases was not merely an absolute evaluation of the level of competition in the relevant markets, but rather a relative comparison: did the impugned practice result in a preventing or lessening of competition as compared to the conditions governing in the absence of the practice, and was this lessening of a degree sufficient to be considered substantial?

[44] Based upon the plain meaning of the statutory language, and supported by the interpretation advanced by the Tribunal in its earlier cases, I conclude therefore that paragraph 79(1)(c) mandates an approach that properly accentuates these comparative and relative aspects, and enables this analysis to be undertaken in respect of each of the three specified time frames (past, present and future). As I have explained, the “but for” test is one such approach. I must emphasize, however, as the Tribunal rightly implied in the passage from *Laidlaw* quoted in paragraph 39 above, that the “but for” test is not necessarily the only correct approach. I therefore expressly leave open the possibility that the Tribunal might in a future abuse of dominance case find evidence corresponding to a different test sufficient to discharge the burden placed upon the Commissioner by virtue of paragraph 79(1)(c). However, as the “but for” test describes an approach that corresponds to the requirements mandated by the statutory language of paragraph 79(1)(c), it is one that the Tribunal must consider in all cases—although it may in future cases choose to consider other appropriate tests as well.

D & B, à la page 88 :

La principale question à trancher lorsqu'il s'agit de décider si le directeur a fait la preuve de ce troisième élément [du paragraphe 79(1)] se rapporte à l'effet des clauses d'exclusivité liant les détaillants et des contrats à long terme conclus avec les clients sur les conditions d'entrée dans le marché. En se basant sur la décision du Tribunal dans l'affaire *NutraSweet*, il faut essentiellement déterminer si les agissements anti-concurrentiels de Nielsen [*D & B*] préservent ou augmentent son emprise sur le marché. [Non souligné dans l'original.]

Manifestement, l'examen envisagé et effectué par le Tribunal dans toutes ces affaires ne consistait pas simplement en une évaluation dans l'absolu du niveau de concurrence sur les marchés pertinents, mais plutôt en une comparaison relative : la pratique attaquée, se demandait-il, a-t-elle eu pour effet d'empêcher ou de diminuer la concurrence en comparaison de la situation définie par l'absence de cette pratique, et cette diminution, le cas échéant, était-elle suffisante pour être considérée comme sensible?

[44] Me fondant sur le sens manifeste du libellé de la Loi et, accessoirement, sur l'interprétation proposée par le Tribunal dans ses décisions antérieures, je conclus que l'alinéa 79(1)c) prescrit une approche mettant l'accent qui convient sur ces aspects comparatifs et relatifs et permettant l'application de cette analyse à chacune des trois divisions du temps visées par la Loi (passé, présent et futur). Comme je l'ai expliqué, le critère de l'« absence hypothétique » est une approche de cette nature. Je dois cependant souligner le fait que, comme le Tribunal le laisse entendre avec raison dans le passage de *Laidlaw* cité au paragraphe 39 du présent exposé, le critère de l'« absence hypothétique » n'est pas nécessairement la seule approche correcte. Je laisse donc expressément ouverte la possibilité que le Tribunal, dans une affaire ultérieure d'abus de position dominante, déclare la preuve correspondant à un critère différent suffisante pour acquitter le commissaire de la charge que prévoit l'alinéa 79(1)c). Cependant, comme le critère de l'« absence hypothétique » est une approche correspondant aux conditions qui doivent obligatoirement être remplies selon le libellé de l'alinéa 79(1)c), le Tribunal doit en envisager l'application dans tous les cas—encore que, dans des affaires ultérieures, il puisse

décider d'envisager également l'utilisation d'autres critères appropriés.

(2) Application of the statutory test for paragraph 79(1)(c)

[45] In practice, the application of the “but for” test, and in particular, determination of the appropriate methodology in any given case, is a matter for which the Tribunal is better qualified than this Court. This Court should not attempt to prescribe in the abstract the “correct” methodology, for “[s]uch a task is beyond the limits of the Court’s competence” (*Superior Propane*, at paragraph 159). As the Supreme Court of Canada observed in *Southam*, at paragraph 52, for the questions of mixed law and fact involved in the application of the legal tests set out in the *Competition Act*, “what is required in the end is an assessment of the economic significance of the evidence; and to this task an economist is almost by definition better suited than is a judge”.

[46] As suggested by the parties in the case at bar, application of the “but for” test could conceivably involve the construction of a hypothetical comparator model, a market identical to reality in all respects except that the impugned practice is absent. In appropriate circumstances, the “but for” test might also be applied by comparing the competitiveness of the market across time, and treating the market conditions before and after the introduction of the impugned practice as proxies for the market with and without the practice. However, I would not want to be seen to suggest that any particular type of evidence would necessarily be required. Ultimately, the Commissioner bears the burden of proof for each requisite element, and the Tribunal must be convinced on the balance of probabilities. The evidence required to meet this burden can only be determined by the Tribunal on a case-by-case basis.

2) L'application du critère prévu à l'alinéa 79(1)c)

[45] Du point de vue pratique, le Tribunal est plus qualifié que notre Cour pour appliquer le critère de l'« absence hypothétique » et, en particulier, pour établir la méthode qui convient à un cas déterminé. Notre Cour ne devrait pas essayer de prescrire dans l'abstrait la méthode « correcte », car « [c]ette tâche va au-delà des limites de sa compétence » (*Supérieur Propane*, au paragraphe 159). Comme le faisait observer la Cour suprême du Canada au paragraphe 52 de *Southam*, à propos des questions mixtes de droit et de fait que soulève l'application des critères juridiques prévus par la *Loi sur la concurrence*, « ce qui est nécessaire, en dernière analyse, c'est l'appréciation de l'importance de la preuve sur le plan économique, et, pour accomplir cette tâche, un économiste est, pratiquement par définition, mieux préparé qu'un juge ».

[46] Ainsi que l'ont fait remarquer les parties à la présente espèce, il se pourrait bien que l'application du critère de l'« absence hypothétique » comporte la construction d'un modèle hypothétique aux fins de comparaison, c'est-à-dire d'un marché identique au marché réel à tous égards, sauf que la pratique attaquée en serait absente. Dans le cas où le contexte s'y prêterait, on pourrait aussi appliquer le critère de l'« absence hypothétique » en comparant les niveaux de concurrence du marché dans le temps et en considérant les caractéristiques du marché avant et après l'introduction de la pratique attaquée comme des valeurs de remplacement des caractéristiques du marché avec et sans la pratique en question. Cependant, je ne voudrais pas qu'on croie que je laisse ici entendre que tel ou tel type de preuve devrait nécessairement être produit. En dernière analyse, c'est au commissaire qu'incombe la charge de la preuve de la réalisation de chaque condition prévue par la Loi, et il doit convaincre le Tribunal suivant la prépondérance de la preuve. La nature des éléments de preuve nécessaires pour s'acquitter de cette charge ne peut être établie que par le Tribunal, au cas par cas.

[47] The Act does, however, provide some guidelines which should be borne in mind in undertaking the assessment mandated by paragraph 79(1)(c). In this regard, I would adopt *mutatis mutandis* the advice provided by Evans J.A. in *Superior Propane* [at paragraph 160] with respect to the methodology appropriate for determining the anti-competitive “effects” of a merger under section 96 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45] of the Act:

Whatever standard is selected (and, for all I know, the same standard may not be equally apposite for all mergers) must be more reflective than the total surplus standard [the methodology adopted by the Tribunal in that case] of the different objectives of the *Competition Act*. It should also be sufficiently flexible in its application to enable the Tribunal fully to assess the particular fact situation before it.

Similarly, whatever methodology the Tribunal chooses in any given case in its application of the “but for” analysis required under paragraph 79(1)(c) must be sufficiently flexible to allow a full assessment of all factors relevant in the particular fact situation at issue, and must be reflective of the different objectives of the Act.

[48] In *Superior Propane*, at paragraphs 104-112, this Court looked to the purposes provision of the Act, section 1.1 [as enacted *idem*, s. 19], to inform its analysis of the meaning of the word “effects” in section 96. Similarly, for the purposes of paragraph 79(1)(c), in undertaking its assessment of whether there is an actual or likely substantial preventing or lessening of competition, the Tribunal must ensure that the methodology chosen to apply the “but for” test reflects the multiple purposes or objectives set out in section 1.1. Four different purposes are described in section 1.1:

1.1 The purpose of this Act is to maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy, in order to expand opportunities for Canadian participation in world markets while at the same time recognizing the role of foreign competition in Canada, in order to ensure that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to

[47] La Loi, cependant, donne certaines lignes directrices qu’il convient de ne pas oublier lorsqu’on entreprend l’examen prescrit par l’alinéa 79(1)c). À ce propos, je reprends à mon compte, *mutatis mutandis*, les observations formulées par M. le juge Evans dans *Supérieur Propane* [au paragraphe 160], touchant la méthode appropriée pour établir les « effets » anti-concurrentiels d’un fusionnement sous le régime de l’article 96 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45] de la Loi :

Quel que soit le critère choisi (et, pour ce que j’en sais, il se peut que le même critère ne convienne pas également pour tous les fusionnements), il doit refléter, mieux que ne le fait le critère du surplus total, les différents objectifs de la *Loi sur la concurrence*. Il doit également être d’application suffisamment souple pour permettre au Tribunal d’apprécier pleinement la situation de fait particulière qui lui est présentée.

De même, quelle que soit la méthode que le Tribunal choisisse dans une affaire déterminée pour effectuer l’analyse fondée sur l’« absence hypothétique » qu’exige l’alinéa 79(1)c), elle doit être suffisamment souple pour permettre la pleine appréciation de tous les facteurs pertinents dans la situation de fait particulière qui lui est présentée et elle doit refléter les différents objectifs de la Loi.

[48] Aux paragraphes 104 à 112 de *Supérieur Propane*, notre Cour a examiné la disposition de déclaration d’objet (l’article 1.1 [édicte, *idem*, art. 19]) de la Loi pour éclairer son analyse de la signification du terme « effets » aux fins d’application de l’article 96. De même, pour l’application de l’alinéa 79(1)c), le Tribunal doit s’assurer, avant d’entreprendre son analyse pour établir si la concurrence a été, est ou sera vraisemblablement empêchée ou diminuée sensiblement, que la méthode choisie pour appliquer le critère de l’« absence hypothétique » reflète bien les objets ou objectifs multiples énoncés à l’article 1.1. Cet article énumère quatre objets distincts :

1.1 La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l’adaptabilité et l’efficacité de l’économie canadienne, d’améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d’assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l’économie

participate in the Canadian economy and in order to provide consumers with competitive prices and product choices.

All of these purposes must be reflected in the methodology adopted by the Tribunal to assess the existence of an actual or likely substantial lessening of competition for the purposes of paragraph 79(1)(c).

(3) The Tribunal's paragraph 79(1)(c) decision

[49] Having articulated the legal test for paragraph 79(1)(c), I turn now to an analysis of what the Tribunal actually did in the case at bar. The Tribunal's analysis directly concerning paragraph 79(1)(c) is brief, and I will therefore quote it in its entirety (at paragraphs 263-266):

The Tribunal, as stated above, is satisfied that Bibby does exercise market control. This can be traced to a number of factors and specifically to the fact that Bibby is the only Canadian supplier able to supply full product lines. The SDP is certainly an instrument that helps Bibby market its products, but the Tribunal is not satisfied that the SDP has been shown to be a practice of anti-competitive acts. If, however, the Tribunal has erred in this assessment, the Tribunal is also of the view that the SDP has not been shown to be a practice that has substantially lessened or prevented competition, for the reasons that follow.

The Tribunal has accepted the Commissioner's submission that there are three distinct product markets, and six geographic markets. Therefore, the Commissioner has the onus of establishing a substantial lessening or prevention of competition in eighteen separate markets. Yet the Commissioner has not established to the Tribunal's satisfaction that the SDP has led to substantial lessening or prevention of competition in any of these markets.

In Western Canada and in Ontario, which represent approximately 75 percent of Bibby's market, there is significant evidence of competitive pricing, notwithstanding the SDP. This competitive pricing is due to imports and to the emergence of a new manufacturer. Although imports still represent a relatively small portion of the cast iron DWV markets, they have been steadily increasing and have had a noticeable impact on prices of cast iron DWV products. In

canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

Tous ces objets doivent trouver leur expression dans la méthode qu'adoptera le Tribunal en vue d'établir, sous le régime de l'alinéa 79(1)c), si la concurrence a été, est ou sera vraisemblablement empêchée ou diminuée sensiblement.

3) La décision rendue par le Tribunal sous le régime de l'alinéa 79(1)c)

[49] Après avoir formulé le critère juridique applicable dans le cas de l'alinéa 79(1)c), j'aborderai maintenant l'examen des conclusions que le Tribunal a effectivement établies dans la présente affaire. L'analyse du Tribunal qui concerne directement l'alinéa 79(1)c) est brève, de sorte que j'en citerai ici l'intégralité (aux paragraphes 263 à 266) :

Le Tribunal, comme nous le disions précédemment, constate que Bibby exerce effectivement un contrôle sur le marché. Ce contrôle s'explique par plusieurs facteurs, notamment par le fait que Bibby est le seul fournisseur canadien capable d'offrir des lignes complètes. Le PDS aide certes Bibby à commercialiser ses produits, mais le Tribunal estime qu'il n'a pas été établi que ce programme constitue une pratique d'agissements anticoncurrentiels. Toutefois, pour le cas où cette conclusion serait erronée, le Tribunal conclut aussi qu'il n'a pas été établi que le PDS soit une pratique qui ait eu pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, et ce, pour les motifs que nous allons exposer.

Le Tribunal a accepté la conclusion de la commissaire selon laquelle nous avons ici affaire à trois marchés de produit distincts et à six marchés géographiques. Par conséquent, il incombait à la commissaire de prouver que la concurrence est empêchée ou diminuée sensiblement sur 18 marchés distincts. Or, elle n'a pas convaincu le Tribunal que le PDS ait eu pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur aucun de ces marchés.

Des éléments de preuve convaincants établissent que, malgré le PDS, des prix concurrentiels ont cours dans l'Ouest canadien et en Ontario, qui représentent environ 75 pour 100 du marché de Bibby. Cette concurrence des prix est attribuable aux importations et à l'émergence d'un nouveau fabricant. Si elles ne forment qu'une proportion relativement restreinte du marché des produits d'évacuation et de ventilation en fonte, les importations progressent régulièrement et exercent un effet

addition, a new competing manufacturer has emerged for the first time in thirty years and has succeeded in capturing 10 percent of the market in Canada within four years, while the SDP was in effect. There is clearly effective entry in the market by Vandem, as evidenced by the lowering of prices for cast iron DWV products in Ontario. As discussed earlier, in these reasons, its viability remains to be determined. It is the Tribunal's view, however, that the evidence shows that a number of factors, unrelated to the SDP, will bear on Vandem's future. In consequence, the Tribunal is of the view that the SDP has not brought about a substantial lessening or prevention of competition for the Ontario and Western markets.

The Tribunal acknowledges that for Quebec and the Maritimes, which represent 25 percent of the market, prices appear not to have been constrained by competition. This, however, does not necessarily lead to a conclusion that the SDP has caused the lack of competition. The data provided by the Commissioner relate only to the period of time when the SDP was operating. Dr. Ross based his arguments concerning market power on pricing information covering the period of January 1998 to September 2003. The Tribunal has no historical data which would allow it to measure the state of competition before and after the SDP came into effect. Canada Pipe bought the assets of Canada's only manufacturer of cast iron DWV products, the Gooding foundries, a well-established player with no significant rivals. As well, Bibby has been and continues to be the only producer of a full line of products. The Tribunal therefore finds that there is insufficient evidence for it to conclude that the SDP is responsible for a substantial lessening or prevention of competition. [Footnote omitted.]

[50] The Tribunal's substantive analysis for the purpose of paragraph 79(1)(c) is contained in two paragraphs, 265 and 266. Paragraph 265 considers the evidence with respect to the geographic markets of Western Canada and Ontario, and paragraph 266 considers that with respect to Quebec and the Maritimes. The Tribunal's stated reasons for concluding that substantial lessening of competition had not been established are very different for the two geographic groupings. In both cases, however, the Tribunal's reasoning evinces errors of law.

[51] For Western Canada and Ontario, the reasons show that the Tribunal's conclusion was based upon its appreciation of three main factors: the existence of

sensible sur les prix de ces produits. De plus, un nouveau fabricant est entré en lice pour la première fois en 30 ans et a réussi à s'emparer de 10 pour 100 du marché canadien en quatre ans, pendant que le PDS était en vigueur. L'entrée de Vandem sur le marché est manifestement productrice d'effet, comme le montre la baisse des prix des produits considérés en Ontario. Ainsi que nous le notions précédemment, la viabilité de Vandem reste à déterminer. Cependant, selon le Tribunal, la preuve montre que l'avenir de Vandem dépend de plusieurs facteurs, qui ne sont pas liés au PDS. En conséquence, le Tribunal conclut que le PDS n'a pas eu pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur les marchés de l'Ontario et de l'Ouest.

Le Tribunal reconnaît que, au Québec et dans les Maritimes, qui représentent 25 pour 100 du marché, les prix ne paraissent pas avoir subi l'effet de la concurrence. Mais ce fait ne mène pas nécessairement à la conclusion que l'absence de concurrence soit attribuable au PDS. Les renseignements produits par la commissaire ne portent que sur la période où le PDS était en vigueur. M. Ross a fondé son argumentation concernant la puissance commerciale sur des renseignements relatifs aux prix applicables à la période de janvier 1998 à septembre 2003. Le Tribunal ne dispose pas de données chronologiques qui lui permettraient de mesurer l'état de la concurrence avant et après l'entrée en vigueur du PDS. Tuyauteries Canada a acquis le capital des fonderies de Gooding, entreprise solidement établie et sans rivaux importants, qui était alors le seul fabricant canadien de produits d'évacuation et de ventilation en fonte. En outre, Bibby était et continue d'être la seule entreprise à produire une ligne complète. En conséquence, le Tribunal estime ne pas disposer d'une preuve suffisante pour conclure qu'il faille attribuer au PDS l'effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. [Note de bas de page omise.]

[50] L'analyse de fond du Tribunal, pour ce qui concerne l'alinéa 79(1)c), tient toute dans les paragraphes 265 et 266. Le paragraphe 265 examine la preuve en ce qui a trait aux marchés géographiques de l'Ouest canadien et de l'Ontario, et le paragraphe 266 fait de même pour le Québec et les Maritimes. Les motifs exposés par le Tribunal pour étayer sa conclusion qu'une diminution sensible de la concurrence n'a pas été établie sont très différents d'un groupement géographique à l'autre. Mais dans les deux cas, son raisonnement est entaché d'erreurs de droit.

[51] Pour ce qui concerne l'Ouest canadien et l'Ontario, l'exposé de ses motifs montre que le Tribunal fonde sa conclusion sur l'appréciation de trois facteurs

competitive pricing, the increasing presence of imported cast iron DWV products, and the effective entry of a new cast iron DWV manufacturer, Vandem. The Tribunal emphasized that these significant features have been observed “notwithstanding the SDP” and “while the SDP was in effect” (paragraph 265), and thus concluded that the SDP had not brought about a substantial lessening or prevention of competition in Western Canada or Ontario.

[52] The occurrence of entry, both by importers and a new manufacturer, was evidently the key consideration in the Tribunal’s analysis with respect to the absence of substantial lessening of competition. In the context of its direct analysis of paragraph 79(1)(c), the Tribunal’s explanation of its use, for the purposes of paragraph 79(1)(c), of the evidence concerning entry is very brief: it merely noted that “a new competing manufacturer has emerged for the first time in thirty years and has succeeded in capturing 10 percent of the market in Canada within four years, while the SDP was in effect”, and concluded that “[t]here is clearly effective entry in the market by Vandem” (paragraph 265). The Tribunal also noted the “steadily increasing” presence of imports, which “[a]lthough imports still represent[ing] a relatively small portion of the cast iron DWV markets”, are said to “have had a noticeable impact on prices” (paragraph 265).

[53] This analysis of the occurrence of entry in the Western Canada and Ontario markets provides no indication that the Tribunal considered expressly whether the SDP was responsible for a substantial increase in the difficulty of gaining entry in the market, and hence a substantial lessening of competition. The occurrence of entry and the consequent existence of a certain level of competition relate to an absolute evaluation of the state of the market in the presence of the SDP, which is neither an equivalent of nor a substitute for the relative and comparative assessment that is required by the statutory language of paragraph 79(1)(c). The fact that entry has been observed in the presence of the SDP, and that barriers to entry are

principaux : l’existence de prix concurrentiels, la progression des importations de produits d’évacuation et de ventilation en fonte, et l’entrée effective d’un nouveau fabricant de tels produits, Vandem. Le Tribunal souligne que ces caractéristiques importantes ont été observées « malgré le PDS » et « pendant que le PDS était en vigueur » (paragraphe 265), et il en conclut que le PDS n’a pas eu pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur les marchés de l’Ouest canadien et de l’Ontario.

[52] L’entrée effective de concurrents (*competitors*), à savoir d’importateurs aussi bien que d’un nouveau fabricant, est à l’évidence le principal facteur que le Tribunal a pris en considération dans l’analyse qui l’amène à conclure à l’absence d’une diminution sensible de la concurrence. Dans le contexte de son analyse directe de l’alinéa 79(1)c), le Tribunal n’explique que très brièvement son utilisation, pour l’application de cet alinéa, de la preuve concernant l’entrée : « un nouveau fabricant est entré en lice pour la première fois en 30 ans et a réussi à s’emparer de 10 pour 100 du marché canadien en quatre ans, pendant que le PDS était en vigueur », se contente-t-il de noter, pour ensuite conclure que « [l’]entrée de Vandem sur le marché est manifestement productrice d’effet » (paragraphe 265). Le Tribunal note aussi que les importations « progressent régulièrement » et que « [s]i elles ne forment qu’une proportion relativement restreinte du marché des produits d’évacuation et de ventilation en fonte », elles « exercent un effet sensible sur les prix de ces produits » (paragraphe 265).

[53] Rien n’indique expressément dans cette analyse de l’entrée effective de concurrents sur les marchés de l’Ouest canadien et de l’Ontario que le Tribunal ait pris en considération le point de savoir si le PDS était la cause d’un accroissement sensible de la difficulté d’entrer sur le marché, et donc d’une diminution sensible de la concurrence. L’entrée effective de concurrents et l’existence qui s’ensuit d’un certain niveau de concurrence se rapportent à une évaluation dans l’absolu de l’état du marché où le PDS est appliqué, ce qui n’équivaut pas ni ne peut se substituer à l’appréciation relative et comparative que prescrit le libellé de l’alinéa 79(1)c). Le fait que l’entrée de concurrents ait été constatée alors que le PDS était en

therefore not total, does not by itself address the question of whether, in the absence of the SDP, there would be substantially more competition in the relevant markets, in the past, present or future. In short, the Tribunal's analysis with respect to these geographic markets does not address the "but for" question.

[54] The Tribunal provided different reasoning for its conclusion in this regard concerning the Quebec and Maritimes markets (at paragraph 266). In these geographic markets, the Tribunal acknowledged that competitive pricing is absent, but cautioned that this "does not necessarily lead to a conclusion that the SDP has caused the lack of competition," as the Commissioner had not led any evidence concerning the period before the SDP was in effect. Without "historical data which would allow it to measure the state of competition before and after the SDP came into effect," and in light of other market considerations (Canada Pipe's acquisition of the assets of another cast iron DWV manufacturer, and Bibby's status as the only full-line supplier), the Tribunal concluded that "there is insufficient evidence for it to conclude that the SDP is responsible for a substantial lessening or prevention of competition" (paragraph 266).

[55] The legal error inherent in this portion of the Tribunal's paragraph 79(1)(c) analysis is manifest. As the Tribunal itself recognized in *Laidlaw*, substantial lessening "need not necessarily be proved by weighing the competitiveness of the market in the past with its competitiveness as present", for "[s]ubstantial lessening can also be assessed by reference to the competitiveness of the market in the presence of the anti-competitive acts and its likely competitiveness in their absence" (page 346). For the purposes of paragraph 79(1)(c), it is insufficient to conclude that the Commissioner had not met her burden because no historical data was provided, for the Tribunal was required to also consider whether the evidence on record demonstrated that the SDP had the effect of substantially lessening competition in the past, present or future, as compared to the markets'

vigueur et que les obstacles à l'entrée ne soient donc pas absolus dans ce contexte ne répond pas à la question de savoir si, en l'absence du PDS, il aurait existé dans le passé, ou existerait dans le présent ou l'avenir, sensiblement plus de concurrence sur les marchés pertinents. Bref, l'analyse du Tribunal concernant ces marchés géographiques ne prend pas en considération la question de l'« absence hypothétique ».

[54] Le Tribunal fonde sur un raisonnement différent sa conclusion à cet égard pour ce qui concerne le Québec et les Maritimes (paragraphe 266). Le Tribunal reconnaît que les prix ne sont pas concurrentiels sur ces marchés géographiques, mais ajoute que ce fait « ne mène pas nécessairement à la conclusion que l'absence de concurrence soit attribuable au PDS », la commissaire n'ayant pas produit d'éléments de preuve concernant la période où le PDS n'était pas encore en vigueur. Ne disposant pas de « données chronologiques qui lui permettraient de mesurer l'état de la concurrence avant et après l'entrée en vigueur du PDS » et s'appuyant sur d'autres caractéristiques des marchés (l'acquisition par Tuyauteries Canada du capital d'un autre fabricant de produits d'évacuation et de ventilation en fonte et le fait que Bibby soit la seule entreprise à fournir une ligne complète), le Tribunal déclare « ne pas disposer d'une preuve suffisante pour conclure qu'il faille attribuer au PDS l'effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence » (paragraphe 266).

[55] Cette partie de l'analyse effectuée par le Tribunal sous le régime de l'alinéa 79(1)c) est entachée d'une erreur de droit manifeste. Comme le Tribunal l'a lui-même reconnu dans *Laidlaw*, « pour établir qu'il y a eu diminution sensible de la concurrence, il n'est pas nécessaire de comparer, chiffres à l'appui, le niveau de concurrence qui régnait par le passé dans le marché avec celui qui y règne aujourd'hui », car « [o]n peut également évaluer la diminution sensible de la concurrence en mesurant le niveau de compétitivité qui existe dans un marché dans lequel une entreprise se livre à des agissements anti-concurrentiels, et estimer le niveau probable de compétitivité en l'absence de ces agissements ». Pour l'application de l'alinéa 79(1)c), il ne suffit pas de conclure que la commissaire ne s'est pas acquittée de sa charge au motif qu'elle n'a pas produit

likely competitiveness in the absence of the practice. The failure to consider this possibility in this case constitutes an error of law.

[56] Can it be argued, as the respondent suggests, that the Tribunal implicitly took into account the relative and comparative considerations required under paragraph 79(1)(c)? In this vein, it could be argued that the Tribunal's paragraph 79(1)(c) reasoning depends implicitly upon its analysis undertaken in earlier sections of its decision, for the purposes of its determinations under paragraphs 79(1)(a) and (b), of the evidence concerning entry conditions and the effects of the SDP (paragraphs 141-156; and 204-254 and 260-261, respectively).

[57] However, the Tribunal's treatment in these earlier sections of its decision of the evidence concerning entry and effects reinforces my conclusion that it erred in law in its paragraph 79(1)(c) analysis. In general, this earlier analysis treats the question of entry in an absolute sense, and appears to be guided by such questions as, has entry been prevented completely, or is a certain level of competition observed in the presence of the SDP? The evidence of actual entry is explicitly accorded a dominant and even preeminent role in the Tribunal's analysis (see, for example, paragraphs 149, 156 and 161). Throughout the Tribunal's decision, evidence concerning entry or the effects of the SDP is considered against the standard of "prevention" in an absolute sense, rather than a more relative standard such as that implied by the words "impeding" or "lessening" (see paragraphs 150, 155, 207, 225, 226, 237, 241, 245, 254, 255, 260, 261). The decision does employ the words "impede" or "lessening" at several points (see paragraphs 2, 6, 53, 113, 162, 263-266, 280, 282), but these occur when the Tribunal is citing the text of the statutory provisions or paraphrasing the Commissioner's submissions, and not in the context of the Tribunal's own conclusions or analysis. In short, these earlier sections of the decision provide little if any support for the argument that the Tribunal implicitly took into account the relative and comparative considerations

de données chronologiques : il incombait au Tribunal de se demander également si la preuve au dossier établissait que le PDS avait eu, avait ou aurait pour effet de diminuer sensiblement la concurrence, par comparaison au niveau de concurrence qui caractériserait raisonnablement les marchés en cause en l'absence de la pratique attaquée. Le fait de ne pas avoir pris cette possibilité en considération constitue une erreur de droit.

[56] Peut-on soutenir, comme l'intimée le laisse entendre, que le Tribunal a implicitement pris en considération les facteurs relatifs et comparatifs dont l'alinéa 79(1)c) prescrit l'examen? Dans cet ordre d'idées, on pourrait faire valoir que le raisonnement du Tribunal touchant l'alinéa 79(1)c) dépend implicitement de l'analyse, qu'il a effectuée dans les sections antérieures de sa décision pour l'application des alinéas 79(1)a) [paragraphes 141 à 156] et 79(1)b) [paragraphes 204 à 254, 260 et 261], de la preuve relative aux conditions d'entrée et aux effets du PDS.

[57] Cependant, l'utilisation que le Tribunal a faite dans ces sections antérieures de la preuve concernant l'entrée et les effets du PDS me conforte dans ma conclusion qu'il a commis une erreur de droit dans son analyse relative à l'alinéa 79(1)c). En général, ces analyses antérieures traitent le sujet de l'entrée dans l'absolu et paraissent être guidées par des questions telles que celles de savoir si l'entrée a été complètement empêchée ou si l'on observe un certain niveau de concurrence sur les marchés caractérisés par la présence du PDS. Le Tribunal attribue explicitement dans son analyse un rôle dominant, et même le rôle principal, à la preuve de l'entrée effective (voir par exemple les paragraphes 149, 156 et 161). Tout au long de sa décision, le Tribunal examine la preuve relative à l'entrée et aux effets du PDS en fonction du critère qu'exprime le verbe « empêcher » entendu au sens absolu, plutôt que d'un critère relatif tel que sous-entendu par l'expression « faire obstacle » ou le terme « diminuer » (voir les paragraphes 150, 155, 207, 225, 226, 237, 241, 245, 254, 255, 260 et 261). On trouve bien l'expression « faire obstacle » ou le terme « diminuer » dans certains passages de la décision (voir les paragraphes 2, 6, 53, 113, 162, 263 à 266, 280 et 282), mais c'est lorsque le Tribunal cite le texte des dispositions applicables ou paraphrase les conclusions de la commissaire, et non dans le contexte de sa propre

required under paragraph 79(1)(c). To the contrary, a careful reading of the Tribunal's reasons indicates that the analysis throughout was conducted from the narrow, absolute perspective of preventing entry and competition, and not from the broader, relative and comparative perspective of "impeding" or "lessening".

analyse ou de ses propres conclusions. Bref, ces sections antérieures de la décision n'étaient guère, si même elles le font tant soit peu, l'argument suivant lequel le Tribunal aurait implicitement pris en considération les facteurs relatifs et comparatifs dont l'alinéa 79(1)c) commande l'examen. La lecture attentive de l'exposé des motifs du Tribunal indique au contraire qu'il a effectué l'ensemble de son analyse du point de vue étroit et absolu de la question de savoir si l'entrée et la concurrence se trouvaient empêchées, et non du point de vue plus large, relatif et comparatif, que traduisent l'expression « faire obstacle » et le terme « diminuer ».

(4) Conclusion with respect to paragraph 79(1)(c)

[58] In summary, the Tribunal should have turned its mind to the question of whether, in each of the relevant markets, competitiveness was substantially lessened in the presence of the SDP, as compared to the likely state of competition in the absence of this practice. In other words, the Tribunal should have considered whether, without the SDP, the relevant product market would be substantially more competitive. Proper examination of this question might include the following considerations: whether entry or expansion might be substantially faster, more frequent or more significant without the SDP; whether switching between products and suppliers might be substantially more frequent; whether prices might be substantially lower; and whether the quality of products might be substantially greater. In this regard, identification of the occurrence of entry, or reference to evidence of competition subsisting in the presence of the impugned practice, is insufficient. I conclude therefore that the Tribunal erred in law in its analysis, for the purposes of paragraph 79(1)(c), as to whether the SDP has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in the relevant markets.

4) Conclusion relative à l'alinéa 79(1)c)

[58] En résumé, le Tribunal aurait dû orienter son attention vers le point de savoir si, sur chacun des marchés pertinents, la concurrence se trouvait sensiblement diminuée avec le PDS, en comparaison de l'état vraisemblable de la concurrence en l'absence de cette pratique. Autrement dit, le Tribunal aurait dû se demander si, en l'absence du PDS, le marché de produit pertinent aurait été sensiblement plus concurrentiel. L'examen de cette question tel qu'il doit être effectué pourrait comprendre l'analyse des points de savoir : si l'entrée ou le développement de concurrents pourrait se révéler sensiblement plus rapide, plus fréquent ou plus important en l'absence du PDS; si le changement de produits et de fournisseurs pourrait être sensiblement plus fréquent; si les prix pourraient être sensiblement plus bas; et si la qualité des produits pourrait être sensiblement supérieure. À cet égard, il ne suffit pas de constater l'entrée effective de concurrents ou d'invoquer les éléments tendant à prouver que la concurrence subsiste malgré la présence de la pratique attaquée. Je conclus donc que le Tribunal a commis une erreur de droit dans l'analyse qu'il a effectuée afin d'établir si, pour l'application de l'alinéa 79(1)c), le PDS a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur les marchés pertinents.

(B) For the purposes of paragraph 79(1)(b), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP constitutes an "anti-competitive act"?

[59] The statutory test for an abuse of dominant position set out in section 79 is a conjunctive one: each

B) Pour l'application de l'alinéa 79(1)b), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS constitue un « agissement anti-concurrentiel »?

[59] Le critère que prévoit l'article 79 pour l'établissement d'un abus de position dominante est de

of the three distinct elements must be found if an order is to issue. The Tribunal found that the market control element required under paragraph 79(1)(a) was established, and this finding, which is the subject of the cross-appeal, is upheld by this Court in separate reasons. This Court must also determine whether the Tribunal erred in its findings with respect to paragraph 79(1)(b).

[60] Paragraph 79(1)(b) calls for a determination as to whether the respondent, through the SDP, “ha[s] engaged in or [is] engaging in a practice of anti-competitive acts”. The Tribunal had no difficulty recognizing the SDP as a “practice”. It wrote, at paragraph 171, that the term entails more than an isolated act but may be one occurrence that is sustained and systemic, or that has had a lasting impact on competition. It explained at paragraph 200 of its reasons that the SDP is structured, organized and applied throughout Canada, albeit with some variations in the multiplier and rebates in the different regions and that the various components of the program add up to a practice. The respondent does not appear to contest this particular finding. The dispute arises with respect to whether the SDP can be characterized as composed of “anti-competitive acts” (*agissements anti-concurrentiels*).

[61] The Commissioner argued that while the Tribunal stated the correct legal test for anti-competitive acts, which was established in previous Tribunal decisions, this was not the test that it ultimately applied in its analysis of the SDP. The Tribunal erred in law, the Commissioner asserts, by requiring proof of a link between the SDP and a decrease in competition, and by improperly extending the scope of the valid business justification doctrine. As a result, according to the Commissioner, the approach to paragraph 79(1)(b) adopted by the Tribunal conflated the discrete statutory tests established by paragraphs 79(1)(b) and 79(1)(c).

[62] This question is further complicated in the case at bar by the fact that this appeal represents the first time that a court has considered the legal test applicable for

nature conjonctive : chacune des trois conditions distinctes doit être remplie pour qu’une ordonnance puisse être rendue. Le Tribunal a conclu qu’était remplie la condition du contrôle du marché que prévoit l’alinéa 79(1)a), et cette conclusion, qui fait l’objet de l’appel incident, est confirmée par notre Cour dans un exposé de motifs distinct. Notre Cour doit aussi établir si le Tribunal a formulé une conclusion erronée pour ce qui concerne l’alinéa 79(1)b).

[60] L’alinéa 79(1)b) exige qu’il soit répondu à la question de savoir si l’intimée, en appliquant le PDS, « se livre [. . .] ou [s’est] livrée [. . .] à une pratique d’agissements anti-concurrentiels ». Le Tribunal a conclu sans difficulté que le PDS est une « pratique ». Il écrit au paragraphe 171 de l’exposé de ses motifs que, même si ce terme désigne plus qu’un acte isolé, un tel acte peut être considéré comme une pratique s’il est prolongé et systémique ou s’il a des répercussions durables sur la concurrence. Il explique au paragraphe 200 que le PDS est un programme structuré, organisé et appliqué à l’échelle nationale, mis à part quelques différences entre les régions sous le rapport des taux d’abattement et de ristourne, et que ses divers éléments composent effectivement une pratique. L’intimée ne semble pas contester cette conclusion. La contestation a pour objet le point de savoir si le PDS peut être défini comme composé d’« agissements anti-concurrentiels » (*anti-competitive acts*).

[61] La commissaire soutient que, si le Tribunal a formulé correctement le critère juridique applicable aux agissements anti-concurrentiels, qu’il a d’ailleurs établi dans des décisions antérieures, ce n’est pas là le critère qu’il a en fin de compte appliqué dans son analyse du PDS. Le Tribunal a commis une erreur de droit, affirme la commissaire, en exigeant la preuve d’un lien entre le PDS et un recul de la concurrence, et en étendant illégitimement la portée de la doctrine de la justification commerciale valable. Par suite, selon la commissaire, l’approche de l’alinéa 79(1)b) adoptée par le Tribunal pêche par la fusion des critères distincts que prévoient les alinéas 79(1)b) et 79(1)c).

[62] Cette question se trouve encore compliquée dans le présent appel par le fait que c’est la première fois qu’un tribunal judiciaire examine le critère juridique

the purposes of paragraph 79(1)(b). The Tribunal has considered, in prior abuse of dominance cases, the legal test and analytic methodology applicable in ascertaining the existence of an “anti-competitive act”. The Tribunal’s jurisprudence on these questions cannot by itself be determinative in the current case, as its views on questions of law are not binding on this Court. The Tribunal’s jurisprudence may however be indicative of what makes sense and what has been working in the past—if, at the same time, it corresponds to the wording of the Act.

(1) The legal test under paragraph 79(1)(b)

[63] The Act does not provide an express definition of “anti-competitive act”. Section 78 provides a list of 11 anti-competitive acts, expressly “without restricting the generality of the term”. These examples are thus illustrative only, and indeed the Tribunal has recognized in its previous decisions that conduct not specifically mentioned in section 78 can constitute an anti-competitive act (*NutraSweet*, at page 34; *Laidlaw*, at pages 331-332; *D & B*, at page 257; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Tele-Direct (Publications) Inc.* (1997), 73 C.P.R. (3d) (Comp. Trib.), 1 at page 180 (*Tele-Direct*)). While clearly non-exhaustive, the illustrative list in section 78 provides direction as to the type of conduct that is intended to be captured by paragraph 79(1)(b): reasoning by analogy, a non-enumerated anti-competitive act will exhibit the shared essential characteristics of the examples listed in section 78.

[64] In *NutraSweet*, the Tribunal applied this interpretive approach to paragraph 79(1)(b), and suggested (at page 34) the following working definition of “anti-competitive act”:

A number of the acts [mentioned in section 78] share common features but . . . only one feature is common to all: an anti-competitive act must be performed for a purpose, and evidence of this purpose is a necessary ingredient. The purpose common to all acts, save that found in paragraph 78(f), is an intended negative effect on a competitor that is

applicable sous le régime de l’alinéa 79(1)b). Le Tribunal de la concurrence a lui-même examiné, dans des affaires antérieures d’abus de position dominante, le critère juridique et la méthode d’analyse à adopter pour établir l’existence d’un « agissement anti-concurrentiel ». Mais la jurisprudence du Tribunal sur ces questions ne peut en soi être considérée comme déterminante dans la présente espèce, puisque ses opinions sur les questions de droit n’ont pas valeur contraignante pour notre Cour. La jurisprudence du Tribunal peut cependant donner une idée des solutions logiques et qui se sont révélées efficaces dans le passé—à condition, toutefois, qu’elles soient conformes au libellé de la Loi.

1) Le critère juridique prévu à l’alinéa 79(1)b)

[63] La Loi ne définit pas formellement l’expression « agissement anti-concurrentiel », mais son article 78 énumère 11 exemples d’agissements anti-concurrentiels, dont le caractère simplement indicatif est attesté par l’emploi du terme « notamment ». En fait, le Tribunal a établi dans des décisions antérieures qu’un comportement non visé explicitement à l’article 78 peut néanmoins constituer un agissement anti-concurrentiel : *NutraSweet*, à la page 65; *Laidlaw*, aux pages 87 et 88; *D & B*, à la page 70; et *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Télé-Direct (Publications) Inc.*, [1997] D.T.C.C. n° 8 (QL), au paragraphe 545 (*Télé-Direct*). Bien que manifestement exemplative et non exhaustive, la liste de l’article 78 donne une idée du type de comportement auquel le législateur veut voir s’appliquer l’alinéa 79(1)b); il reste possible d’établir par analogie qu’un agissement anti-concurrentiel non spécifié présente les caractéristiques essentielles communes aux exemples énumérés à l’article 78.

[64] Dans *NutraSweet*, le Tribunal a appliqué ce mode d’interprétation à l’alinéa 79(1)b) et a proposé (à la page 65) la définition opératoire suivante de l’expression « agissement anti-concurrentiel » :

Certains de ces agissements [visés à l’article 78] ont des éléments communs mais [. . .] un seul est commun à tous : l’agissement anti-concurrentiel doit avoir un but particulier dont il est nécessaire de faire la preuve. Le but commun à tous ces agissements, sauf celui de l’alinéa 78f), est l’effet négatif intentionnel sur un concurrent et cet effet doit être abusif,

predatory, exclusionary or disciplinary. [Emphasis added.]

viser une exclusion ou une mise au pas. [Non souligné dans l'original.]

[65] I adopt the above definition, which is very close in substance to the core characteristic of the enumerated list of section 78, save at paragraph 78(1)(f). This exception was noted by the Tribunal in *NutraSweet*.

[65] J'adopte cette définition, qui se révèle très proche en substance de la caractéristique commune fondamentale des exemples énumérés à l'article 78, exception faite de l'alinéa 78(1)f). Cette exception est d'ailleurs notée par le Tribunal dans *NutraSweet*.

[66] Two aspects of this definition should be noted. First, an anti-competitive act is identified by reference to its purpose. Second, the requisite purpose is an intended predatory, exclusionary or disciplinary negative effect on a competitor. I will elaborate on each of these aspects in turn.

[66] Deux aspects de cette définition doivent retenir notre attention. Premièrement, l'agissement anti-concurrentiel est défini par rapport à un but (*purpose*). Deuxièmement, le but qu'il faut établir est un effet négatif intentionnel sur un concurrent, qui doit être abusif, ou viser une exclusion ou une mise au pas. Je vais maintenant examiner successivement chacun de ces aspects de manière détaillée.

[67] First, the meaning of the term purpose deserves some comment. As the Tribunal observed in *Tele-Direct*, at page 180, "[p]urpose' is used in this context in a broader sense than merely subjective intent on the part of the respondent . . . it might be more apt to speak of the overall character of the act in question" (emphasis added). In order to apply paragraph 79(1)(b), the purpose or character of the impugned conduct must therefore be determined. Relevant factors to be considered and weighed to determine this overarching "purpose" include the reasonably foreseeable or expected objective effects of the act (from which intention may be deemed, as I explain further below), any business justification, and any evidence of subjective intent, if available (see *Tele-Direct*, at page 180).

[67] Premièrement, la signification du terme but (*purpose*) appelle quelques observations. Comme le Tribunal le faisait remarquer au paragraphe 542 de *Télé-Direct* « [l']"objet" [*purpose*] englobe davantage, dans ce contexte, que la simple intention subjective de la défenderesse [. . .] il pourrait être plus approprié de parler de la nature générale des agissements en cause » (non souligné dans l'original). Il faut donc, pour appliquer l'alinéa 79(1)b), établir le but, l'objet ou la nature du comportement attaqué. Parmi les facteurs pertinents à examiner et à apprécier pour établir ce « but » ou cet « objet » prépondérant, il faut mentionner les effets objectifs prévus ou raisonnablement prévisibles du comportement en question (effets dont on peut déduire une intention réputée, comme je l'explique plus loin), la justification commerciale s'il y en a une, et tous éléments de preuve dont on dispose tendant à établir l'intention subjective (voir *Télé-Direct*, au paragraphe 543).

[68] The second aspect describes the type of purpose required in the context of paragraph 79(1)(b): to be considered "anti-competitive" under paragraph 79(1)(b), an act must have an intended predatory, exclusionary or disciplinary negative effect on a competitor. The paragraph 79(1)(b) inquiry is thus focused upon the intended effects of the act on a competitor. As a result, some types of effects on competition in the market might be irrelevant for the purposes of paragraph 79(1)(b), if

[68] Le deuxième aspect de la définition caractérise le but ou l'objet qu'il faut établir sous le régime de l'alinéa 79(1)b) : pour être considéré comme « anti-concurrentiel » sous ce régime, l'agissement doit avoir un effet négatif intentionnel sur un concurrent, lequel effet doit être abusif, ou viser une exclusion ou une mise au pas. L'analyse à effectuer dans le cadre de l'alinéa 79(1)b) est donc orientée vers les effets intentionnels de l'agissement sur un concurrent (*on a competitor*). Il

these effects do not manifest through a negative effect on a competitor. It is important to recognize that “anti-competitive” therefore has a restricted meaning within the context of paragraph 79(1)(b). While, for the Act as a whole, “competition” has many facets as enumerated in section 1.1, for the particular purposes of paragraph 79(1)(b), “anti-competitive” refers to an act whose purpose is a negative effect on a competitor.

[69] Adopting this interpretive approach to section 79, it is conceivable that a practice might be found to be composed of anti-competitive acts within the meaning of paragraph 79(1)(b), but at the same time, for the purposes of paragraph 79(1)(c), be held not to have the effect of preventing or lessening competition substantially in the market in question.

[70] A final comment should be made with respect to the evidence required to establish an anti-competitive purpose within the meaning of paragraph 79(1)(b). It is clear from the legislative history of paragraph 79(1)(b) that evidence of subjective intent, although certainly probative if available, is not required in order to find that a given act is anti-competitive within the meaning of paragraph 79(1)(b). When Bill C-91, which eventually became the *Competition Act*, was first introduced in Parliament in December 1985, the text of paragraph (b) of the abuse of dominance provision (then section 51) read as follows:

51. (1) Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that

...

(b) that person or those persons have engaged in or are engaging in a practice of anti-competitive acts, and the object of the practice is to lessen competition, and [Emphasis added.]

Perceived problems with the subjective intent requirement implied by the latter part of the proposed

s'ensuit que certains types d'effets sur la concurrence dans le marché pourraient se révéler dénués de pertinence pour l'application de l'alinéa 79(1)b), s'ils ne se traduisent pas par un effet négatif sur un concurrent. Il est important de bien voir que le terme « anti-concurrentiel » revêt par conséquent une signification restreinte dans le contexte de l'alinéa 79(1)b). Si, au regard de l'ensemble de la Loi, la « concurrence » présente de multiples aspects comme en témoignent les objets énumérés à son article 1.1, le terme « anti-concurrentiel », pour l'application particulière de l'alinéa 79(1)b), qualifie un agissement ayant pour but ou pour objet un effet négatif sur un concurrent (*competitor*).

[69] Suivant cette manière d'interpréter l'article 79, il est concevable qu'une pratique puisse être déclarée composée d'agissements anti-concurrentiels au sens de l'alinéa 79(1)b), mais être dite en même temps, pour l'application de l'alinéa 79(1)c), ne pas avoir pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur le marché en question.

[70] Une dernière remarque s'impose touchant la preuve nécessaire pour établir l'existence d'un but anti-concurrentiel sous le régime de l'alinéa 79(1)b). Il ressort à l'évidence de la genèse de l'alinéa 79(1)b) que, bien que de tels éléments soient certes probants si l'on en produit, il n'est pas nécessaire de disposer de preuve tendant à établir l'intention subjective pour conclure qu'un comportement donné est un agissement anti-concurrentiel au sens de l'alinéa 79(1)b). Au moment de la première présentation du projet de loi C-91, qui allait devenir la *Loi sur la concurrence*, au Parlement en décembre 1985, l'alinéa b) de l'article relatif à l'abus de position dominante (alors l'article 51) était libellé comme suit :

51. (1) Lorsque le Tribunal, à la suite d'une demande du directeur, conclut :

[. . .]

b) que cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anti-concurrentiels dont le but est de réduire la concurrence, et [Non souligné dans l'original.]

Les personnes appelées à témoigner devant le Comité législatif sur le projet de loi C-91 ont été nombreuses à

paragraph (b) were frequently raised in testimony before the House of Commons Legislative Committee on Bill C-91 (see Canada, House of Commons, *Minutes of the Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-91*, First session of 33rd Parliament, 1986 at pages 2:8-9, 3:7-9, 3:17, 5:13, 5:15, 5:63-64, 6:9-10; 9:20-21; note also the contrary view expressed at pages 4:55-56, 6:57-58; 7:55-57, 7:60-63 (*Minutes of the Committee on Bill C-91*)). In response, the reference to “the object of the practice” was deleted in paragraph (b), in order to remove any subjective intent requirement from the statutory test for abuse of dominant position (see *Minutes of the Committee on Bill C-91*, at pages 11:3 and 11:32-33).

[71] On the basis of this legislative history, I would endorse the following comment by the Tribunal in *Laidlaw*, at page 342, with respect to the proper role of evidence concerning subjective intent within paragraph 79(1)(b):

Proof of subjective intention on the part of a respondent is not necessary in order to find that a practice of anti-competitive acts has occurred. Such intention is almost impossible of proof in many cases involving corporate entities unless one stumbles upon what is known as a “smoking gun”. (A document which makes it clear that the purpose of the conduct in question was to exclude competitors from the market.) Section 79 of the Act provides for a civil proceeding and civil remedies. In that context corporate actors and individuals are deemed to intend the effects of their actions.

[72] Proof of the intended nature of the negative effect on a competitor can thus be established directly through evidence of subjective intent, or indirectly by reference to the reasonably foreseeable consequences of the acts themselves and the circumstances surrounding their commission, or both.

[73] Even though evidence of subjective intent is neither required nor determinative, intention remains an important ingredient of paragraph 79(1)(b). In particular, intention is relevant in the sense that while a

évoquer les problèmes que poserait selon elles la condition de l'intention subjective impliquée par la dernière partie du texte proposé de l'alinéa b); voir Canada, Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le Projet de loi C-91*, 1^{re} session du 33^e Parlement, 1986 (*Procès-verbaux du Comité sur le projet de loi C-91*), aux pages 2:8-9, 3:7-9, 3:17, 5:13, 5:15, 5:63-64, 6:9-10 et 9:20-21; voir aussi les pages 4:55-56, 6:57-58; 7:55-57, 7:60-63, où l'opinion contraire est exprimée. Par suite, on a rayé de l'alinéa b) la mention du « but » de la pratique, afin d'alléger de toute condition d'intention subjective le critère juridique relatif à l'abus de position dominante; voir *Procès-verbaux du Comité sur le projet de loi C-91*, aux pages 11:3 et 11:32-33.

[71] Me fondant sur cet aspect de la genèse de l'alinéa 79(1)b), j'estime devoir souscrire aux observations suivantes formulées par le Tribunal aux pages 111 et 112 de *Laidlaw*, sur le rôle qu'il convient d'attribuer à la preuve relative à l'intention subjective sous le régime de cet alinéa :

La démonstration de l'intention subjective de la défenderesse ne s'impose pas afin de conclure qu'il y a eu pratique d'agissements anticoncurrentiels. Démontrer qu'il y a eu intention subjective est souvent presque impossible lorsqu'on a affaire à de grandes entreprises, à moins de disposer d'éléments de preuve péremptoirs (par exemple, un document qui établit, sans ambiguïté, que le but visé par la pratique en question est d'évincer des concurrents du marché). L'article 79 de la Loi prévoit et des poursuites et des redressements au civil. Dans ce contexte, qu'il s'agisse d'entreprises ou d'individus, ils sont réputés avoir eu l'intention de tirer profit des effets découlant de leurs agissements.

[72] On peut donc faire la preuve de la nature intentionnelle de l'effet négatif sur un concurrent soit directement, au moyen d'éléments établissant l'intention subjective, soit indirectement, en se fondant sur les conséquences raisonnablement prévisibles des agissements eux-mêmes et/ou sur les circonstances de ceux-ci.

[73] Même si la preuve de l'intention subjective n'est ni requise ni déterminante, l'intention reste un élément important de l'alinéa 79(1)b). Plus précisément, l'intention est pertinente dans la mesure où, s'il ne peut

respondent cannot disavow responsibility for the reasonably foreseeable consequences of its acts, a respondent might nevertheless be able to establish that such consequences should not, in the context of the paragraph 79(1)(b) inquiry, be considered the intended “purpose” or “overall character” of the acts in question. In appropriate circumstances, proof of a valid business justification for the conduct in question can overcome the deemed intention arising from the actual or foreseeable effects of the conduct, by showing that such anti-competitive effects are not in fact the overriding purpose of the conduct in question. In essence, a valid business justification provides an alternative explanation as to why the impugned act was performed. To be relevant in the context of paragraph 79(1)(b), a business justification must be a credible efficiency or pro-competitive rationale for the conduct in question, attributable to the respondent, which relates to and counterbalances the anti-competitive effects and/or subjective intent of the acts. The appropriate application of the valid business justification doctrine in the context of paragraph 79(1)(b) will be further considered below, in my discussion of the Tribunal’s analysis in the case at bar.

(2) The Tribunal’s paragraph 79(1)(b) decision

[74] In the case at bar, it would appear that the Tribunal correctly articulated the legal test. At paragraph 171 of its reasons, at the outset of its review of the Tribunal’s definition of “anti-competitive acts” in its previous cases, the Tribunal stated:

In order to determine whether acts are anti-competitive, the Tribunal must consider the nature and purpose of the acts in question, as well as the impact they have or may have on the relevant market. (*Nielsen* at 257; *Laidlaw* at 333; *NutraSweet* at 34) In both *Tele-Direct* and *Laidlaw*, the Tribunal assessed the alleged anti-competitive practices by taking into account what effect they had had on competitors. [Emphasis added.]

In the course of quoting a longer passage from *Tele-Direct*, the Tribunal reproduced (at paragraph 178)

se décharger de la responsabilité des conséquences raisonnablement prévisibles de ses actes, le défendeur pourrait néanmoins se révéler capable d’établir que ces conséquences, dans le contexte de l’analyse que commande l’alinéa 79(1)b), ne devraient pas être considérées comme le « but », l’« objet » ou la « nature générale » des actes en question. Si le contexte s’y prête, la preuve d’une justification commerciale valable du comportement en cause peut l’emporter sur l’intention réputée découlant des effets réels ou prévisibles de ce comportement, en montrant que ces effets anti-concurrentiels ne constituent pas en fait l’objet prépondérant dudit comportement. Essentiellement, la justification commerciale valable forme une autre explication possible des motifs du comportement attaqué. Pour être pertinente dans le contexte de l’alinéa 79(1)b), la justification commerciale doit être une raison fondée sur l’efficience ou proconcurrentielle du comportement en question, raison attribuable au défendeur, qui se rapporte aux effets anti-concurrentiels et/ou à l’intention subjective de ce comportement et leur fait contrepoids. Je reviendrai plus loin sur l’application appropriée de la doctrine de la justification commerciale valable au contexte de l’alinéa 79(1)b) lorsque j’examinerai l’analyse effectuée par le Tribunal dans la présente affaire.

2) La décision rendue par le Tribunal sous le régime de l’alinéa 79(1)b)

[74] Dans la présente espèce, il semblerait que le Tribunal ait correctement formulé le critère juridique applicable. On peut lire ce qui suit au paragraphe 171 de l’exposé de ses motifs, au début de son examen de la définition que donne sa jurisprudence de l’expression « agissements anti-concurrentiels » :

Pour établir si des agissements donnés sont anti-concurrentiels, le Tribunal doit prendre en considération la nature et l’objet de ces agissements, ainsi que l’incidence qu’ils ont ou peuvent avoir sur le marché pertinent. (*Nielsen*, à la page 257; *Laidlaw*, à la page 333; et *NutraSweet*, à la page 34.) Dans *Télé-Direct* aussi bien que *Laidlaw*, le Tribunal a évalué les agissements dont on alléguait le caractère anti-concurrentiel en tenant compte de leurs effets sur les concurrents. [Non souligné dans l’original.]

Citant un long passage de *Télé-Direct*, le Tribunal a reproduit (au paragraphe 178) la phrase clé qu’on trouve

the key sentence from *NutraSweet*, at page 34, to the effect that the feature common to anti-competitive acts is that they are all performed for a “purpose”, namely “an intended negative effect on a competitor that is predatory, exclusionary or disciplinary”. This formulation was also repeated in the concluding section of the Tribunal’s decision (at paragraph 284).

[75] However, despite this correct articulation of the test, the Tribunal’s analysis of the salient features of the applicable legal test is a cause for concern. At the end of the portion of its paragraph 79(1)(b) analysis entitled “The Law”, the Tribunal summarized as follows its understanding of key aspects of the legal test (at paragraph 191):

The Tribunal [in *Tele-Direct*] has stated that there must be a link between the impugned practice and a decrease in competition. Moreover, if a practice does not appear to have an exclusionary effect or cause detriment to the consumer, it cannot be said to be anti-competitive. [Emphasis added.]

[76] This statement is incorrect, in at least two respects.

[77] First, for the purposes of paragraph 79(1)(b), a link need not be proven between the impugned practice and a decrease in competition. Quite simply, such a causal link is not part of the legal test for an anti-competitive act. Moreover, an emphasis upon evidence of this type runs the risk of obscuring the correct focus of the paragraph 79(1)(b) test. An anti-competitive act is one whose purpose is an intended negative effect on a competitor that is predatory, exclusionary or disciplinary. The focus of analysis is thus on the act itself, to discern its purpose. The questions as to whether a decrease in competition in the market is evident, or whether any such decrease can be causally attributed to the impugned practice, are not directly relevant for this task. Certainly, such findings are not requisite elements of the test for an anti-competitive act.

à la page 65 de *NutraSweet*, comme quoi les agissements anti-concurrentiels ont pour caractéristique commune d’avoir un « but » particulier, à savoir d’entraîner un « effet négatif intentionnel sur un concurrent [. . .] [effet qui] doit être abusif, viser une exclusion ou une mise au pas ». Le Tribunal a aussi répété cette formule dans la conclusion de sa décision (au paragraphe 284).

[75] Cependant, bien que le Tribunal ait ainsi formulé correctement le critère juridique applicable, son analyse des caractères saillants de ce critère pose problème. À la fin de la partie de son analyse de l’application de l’alinéa 79(1)(b) intitulée « Le droit », soit au paragraphe 191, le Tribunal résume comme suit son interprétation des aspects principaux de ce critère juridique :

Le Tribunal a déclaré [dans *Télé-Direct*] qu’il doit y avoir un lien entre la pratique attaquée et la diminution de la concurrence. En outre, ne peuvent être considérées comme anti-concurrentielles les pratiques qui ne se révèlent pas avoir d’effet tendant à exclure ou causer de préjudice aux consommateurs. [Non souligné dans l’original.]

[76] Cette proposition est erronée, au moins à deux égards.

[77] Premièrement, pour l’application de l’alinéa 79(1)(b), il n’est pas nécessaire d’établir un lien entre la pratique attaquée et une diminution de la concurrence. L’établissement d’un tel lien de causalité ne fait tout simplement pas partie du critère juridique applicable aux agissements anti-concurrentiels. En outre, en mettant l’accent sur la nécessité d’une preuve de cette nature, on court le risque de faire dévier ce qui doit rester l’axe du critère de l’alinéa 79(1)(b). Un agissement anti-concurrentiel est un comportement ayant pour but un effet négatif intentionnel sur un concurrent, effet qui doit être abusif, ou viser une exclusion ou une mise au pas. L’analyse doit donc être axée sur le comportement lui-même, dont il s’agit de discerner le but. Les questions de savoir si l’on peut constater une diminution de la concurrence sur le marché ou si la cause d’une telle diminution peut être attribuée à la pratique attaquée ne sont pas directement pertinentes à l’égard de cette tâche. De telles conclusions ne sont certainement pas des éléments nécessaires du critère de l’existence d’un agissement anti-concurrentiel.

[78] Obviously, if an act is to be found anti-competitive, there must be evidence linking the impugned practice to the requisite intended negative effect on a competitor: the practice must be found to cause or at least contribute to the intended negative effect. Such a negative effect on a competitor must also be found to be the “purpose” of the practice in question, and to this end, all relevant factors must be taken into account and weighed to determine if the requisite purpose is established. One must remember, however, that in the context of paragraph 79(1)(b), evidentiary factors are relevant only in so far as they shed light upon the paragraph 79(1)(b) statutory test, that is upon the purpose of the act vis-à-vis competitors. Evidence concerning other types of effects of the impugned act that are not related to competitors—while perhaps pertinent in respect of the paragraph 79(1)(c) assessment of competition—are not directly relevant for paragraph 79(1)(b). Similarly, evidence concerning the general competitive state and structure of the relevant market, and whether such features can be causally attributed to the impugned act, are not the direct focus of the paragraph 79(1)(b) analysis, and are more properly considered under paragraph 79(1)(c). In short, paragraph 79(1)(b) simply concerns whether the act displays the requisite intended effect on competitors; it is not directly concerned with the state of competition in the market or the general causes thereof. In directing itself to the contrary, and requiring proof of a causal link between the impugned act and a decrease in competition, the Tribunal erred.

[79] Second, the Tribunal appears mistakenly to suggest in the above-quoted passage that the impugned practice’s effects on the consumer should or could be considered within the paragraph 79(1)(b) analysis. However, contrary to what the Tribunal implies in the above quotation, “detriment to the consumer” is not a relevant independent consideration for the purposes of paragraph 79(1)(b), as evidence of this type does not relate directly to whether an act has the requisite defining characteristic of an intended negative effect on

[78] À l’évidence, pour que la pratique attaquée puisse être déclarée anti-concurrentielle, il doit y avoir des éléments de preuve qui en démontrent le lien avec le facteur nécessaire qu’est l’effet négatif intentionnel sur un concurrent : il faut établir que cette pratique cause ledit effet ou, à tout le moins, y contribue. Il faut aussi établir qu’un tel effet négatif sur un concurrent constitue le « but » ou l’« objet » de la pratique en question, et il faut à cette fin prendre en considération et apprécier tous les facteurs pertinents. On doit cependant se garder d’oublier que, dans le contexte de l’alinéa 79(1)b), les facteurs de preuve n’ont de pertinence que dans la mesure où ils éclairent l’application du critère juridique de cet alinéa, c’est-à-dire le but de la pratique par rapport aux concurrents. La preuve concernant d’autres sortes d’effets du comportement attaqué qui ne sont pas liés aux concurrents, si elle peut se révéler pertinente à l’égard de l’évaluation du niveau de concurrence sous le régime de l’alinéa 79(1)c), n’a pas de pertinence directe relativement à l’alinéa 79(1)b). De même, les éléments de preuve concernant la structure et l’état généraux de la concurrence sur le marché pertinent et le point de savoir si la cause de ces caractéristiques peut être attribuée à la pratique attaquée n’intéressent pas directement l’analyse relevant de l’alinéa 79(1)b), et doivent plutôt être examinés sous le régime de l’alinéa 79(1)c). Bref, l’alinéa 79(1)b) pose purement et simplement la question de savoir si le comportement considéré a sur les concurrents l’effet intentionnel de la nature requise; il n’a pas de rapport direct avec l’état de la concurrence sur le marché ou ses causes générales. En orientant son analyse dans le sens contraire et en exigeant la preuve d’un lien de causalité entre la pratique attaquée et une diminution de la concurrence, le Tribunal a commis une erreur.

[79] Deuxièmement, dans le même passage cité plus haut, le Tribunal paraît se fonder sur l’idée erronée que l’on devrait ou pourrait prendre en considération les effets de la pratique attaquée sur les consommateurs dans le cadre de l’analyse relevant de l’alinéa 79(1)b). Or, contrairement à ce que le Tribunal laisse entendre dans ce passage, le « préjudice aux consommateurs » n’est pas un facteur indépendant pertinent à prendre en considération pour l’application de l’alinéa 79(1)b), étant donné que les éléments de preuve tendant à établir

a competitor. The effect of an act on consumers may in some circumstances be relevant in assessing the credibility and weight of a proffered business justification, as I explain further below. Otherwise, however, such evidence is largely irrelevant for the purposes of the paragraph 79(1)(b) assessment, and is more appropriately considered under paragraph 79(1)(c). To the extent that the Tribunal suggests in the above-quoted sentence that “detriment to the consumer” is an independently relevant consideration for the purposes of paragraph 79(1)(b), the Tribunal therefore erred.

[80] The Tribunal thus embarked on its paragraph 79(1)(b) analysis from an incorrect foundation: it erroneously believed itself obliged to consider factors which are not relevant in the correct legal test. The Supreme Court stated in *Southam*, at paragraph 41 that “[i]f the Tribunal did ignore items of evidence that the law requires it to consider, then the Tribunal erred in law.” Logically, this statement can be extended to encompass the situation of the case at bar: if the Tribunal considered items of evidence that the law requires it not to consider, then the Tribunal also erred in law. Moreover, these irrelevant factors may well have played a decisive role in this case: according to the Tribunal’s own articulation, evidence of a link between the practice and a decrease in competition was considered to be required for the purposes of paragraph 79(1)(b). Thus, to the extent that the Tribunal misdirected itself as to the applicable legal test, and as a consequence considered irrelevant factors in making its paragraph 79(1)(b) determination, the Tribunal committed a reversible error of law.

[81] The Tribunal’s erroneous interpretation of the paragraph 79(1)(b) test played a significant role in its analysis of the SDP. It is clear that in concluding that the

un tel préjudice ne se rapportent pas directement au point de savoir si un comportement donné remplit la condition nécessaire d’avoir un effet négatif intentionnel sur un concurrent. L’effet d’un comportement sur les consommateurs peut dans certains cas se révéler pertinent aux fins d’évaluation de la crédibilité d’une justification commerciale invoquée et de son poids, comme je l’expliquerai plus loin. Autrement, la preuve de cette nature est dans une large mesure dénuée de pertinence aux fins de l’analyse qu’exige l’alinéa 79(1)(b) et doit plutôt être prise en considération dans le cadre de l’alinéa 79(1)(c). Dans la mesure où il donne à entendre dans la phrase citée plus haut que le « préjudice aux consommateurs » est un facteur pertinent indépendant à prendre en considération pour l’application de l’alinéa 79(1)(b), le Tribunal a donc aussi commis une erreur.

[80] Le Tribunal a ainsi entrepris son analyse relative à l’alinéa 79(1)(b) à partir d’un principe erroné : il s’est cru à tort obligé de prendre en considération des facteurs qui ne sont pas pertinents du point de vue du critère juridique applicable. La Cour suprême fait observer au paragraphe 41 de *Southam*, que « [s]i le Tribunal a effectivement fait abstraction d’éléments de preuves que le droit lui commande de prendre en considération, il a alors commis une erreur de droit ». Logiquement, on peut étendre le sens de cette proposition de manière qu’elle s’applique à la présente espèce : si le Tribunal a pris en considération des éléments de preuve dont le droit lui commande de ne pas tenir compte, il a alors aussi commis une erreur de droit. En outre, il se pourrait bien que ces facteurs non pertinents aient joué un rôle décisif dans l’affaire qui nous occupe; si l’on en croit sa propre formulation, le Tribunal estimait nécessaire, pour l’application de l’alinéa 79(1)(b), que la preuve fût faite de l’existence d’un lien entre la pratique attaquée et une diminution de la concurrence. Par conséquent, dans la mesure où il s’est mépris sur le critère juridique applicable et a par suite pris en considération des facteurs non pertinents pour rendre sa décision sous le régime de l’alinéa 79(1)(b), le Tribunal a commis une erreur de droit donnant lieu à révision.

[81] L’interprétation erronée par le Tribunal du critère de l’alinéa 79(1)(b) a joué un rôle important dans son analyse du PDS. Il est évident que, pour conclure que le

SDP was not anti-competitive, the Tribunal relied heavily upon its mistaken understanding that a demonstrable link must exist between the impugned act and a decrease in competition. Indeed, the Tribunal expressly stated that this factor was “the most striking” basis for its conclusion (at paragraph 261):

The most striking argument against the alleged anti-competitive effect of the SDP is the fact that it has not prevented entry nor competition in certain regions. The SDP has not prevented an increase in imports, nor has it prevented the emergence, for the first time in thirty years, of a new manufacturer of cast iron DWV products. For a practice to be found anti-competitive, it must have a negative effect on competition. As was stated in *Tele-Direct*, there has to be a link between the practice and its alleged anti-competitive effect. In the instant case, the link has not been established to the Tribunal’s satisfaction. The Tribunal recognizes that entry may be difficult, but this appears unrelated to the SDP. Several other factors come into play: Bibby is a known manufacturer that offers a complete line of products; the market is not a growth market, thus limiting investment potential. Yet, it has been possible for competitors to match Bibby’s price and offer a reliable supply, to the point of making it an interesting proposition for distributors or contractors to change suppliers. This has occurred, notwithstanding the SDP, as illustrated by new entrants such as Sierra and Vandem, and by new arrangements such as Wolseley’s change of suppliers.

[82] As this passage shows, the Tribunal’s incorrect assumption that a link to a reduction in competition was required under paragraph 79(1)(b) critically influenced its reasoning. Instead of enquiring as to whether the SDP’s purpose was an intended negative effect on competitors, the Tribunal asked whether there was evidence of a decrease in competition in the relevant market, in the abstract, and whether the identified competitive problems could be causally attributed to the SDP and hence be considered its “effects”. This approach, of focussing on the general state of competition in the market rather than on the purpose of the impugned act, led the Tribunal to adopt an unwarrantedly and incorrectly narrow test for paragraph 79(1)(b): essentially, the Tribunal’s reasoning would imply that unless an impugned act prevents entry of

PDS n’était pas anti-concurrentiel, le Tribunal s’est fondé dans une large mesure sur sa conception erronée qu’il doit exister un lien démontrable entre le comportement attaqué et une diminution de la concurrence. En fait, le Tribunal écrit en toutes lettres que ce facteur est l’argument « le plus fort » qui a déterminé sa conclusion (au paragraphe 261) :

L’argument le plus fort avancé contre la thèse de l’effet anticoncurrentiel du PDS est le fait que celui-ci n’a pas empêché l’entrée ni la concurrence dans certaines régions. Le PDS n’a pas empêché la progression des importations, pas plus que l’émergence, pour la première fois en 30 ans, d’un nouveau fabricant de produits d’évacuation et de ventilation en fonte. Pour être déclarée anticoncurrentielle, une pratique doit avoir un effet défavorable sur la concurrence. Comme le Tribunal l’a fait observer dans *Télé-Direct*, il doit y avoir un lien entre la pratique attaquée et l’effet anticoncurrentiel qu’on lui attribue. Dans la présente espèce, un tel lien n’a pas été établi de manière à convaincre le Tribunal. Ce dernier reconnaît que l’entrée sur le marché considéré peut être difficile, mais cette difficulté ne paraît pas liée au PDS. D’autres facteurs jouent ici : Bibby est un fabricant bien connu qui offre une ligne complète; et le marché ne présente pas de perspectives de croissance, ce qui limite les possibilités d’investissement. Pourtant, il s’est révélé possible pour les concurrents de Bibby d’offrir des prix comparables aux siens, à tel point que le changement de fournisseur a pu paraître avantageux à certains distributeurs ou entrepreneurs. C’est ainsi que, malgré le PDS, de nouvelles entreprises telles que Sierra et Vandem ont pris pied sur le marché, et que Wolseley a accordé sa clientèle à un autre fournisseur.

[82] Comme le montre ce passage, l’hypothèse erronée du Tribunal que l’alinéa 79(1)b) exigeait la démonstration d’un lien avec une réduction de la concurrence a exercé une influence cruciale sur son raisonnement. Au lieu de se poser la question de savoir si le PDS avait pour but un effet négatif intentionnel sur les concurrents, le Tribunal s’est demandé s’il y avait des éléments de preuve établissant une diminution de la concurrence sur le marché pertinent, dans l’abstrait, et si l’on pouvait attribuer la cause des problèmes de concurrence constatés au PDS et par conséquent les considérer comme les « effets » de ce dernier. Cette approche consistant à orienter l’attention vers l’état général de la concurrence sur le marché plutôt que vers le but de la pratique attaquée a amené le Tribunal à adopter de manière injustifiable et erronée un critère

competitors or otherwise prevents competition, or unless it is the (predominant) cause of the uncompetitive attributes observed in the market, the act cannot be considered anti-competitive. This result is clearly incorrect.

[83] In my view, the Tribunal's error of law with respect to paragraph 79(1)(b) is partly attributable to a conflation of the legal test for paragraph 79(1)(c) with that applicable for paragraph 79(1)(b). As I mentioned above at the outset of my analysis, the multi-element structure of section 79 suggests that upon proper interpretation, each statutory element must give rise to a distinct legal test. To repeat, paragraph 79(1)(b) relates to whether the impugned act exhibits the requisite anti-competitive purpose *vis-à-vis* competitors, while paragraph 79(1)(c) concerns the broader state of competition, and whether the practice has the effect of substantially lessening competition in the relevant market. A particular indirect evidentiary indicator may serve subtly different—yet importantly distinct—purposes in regard to paragraph 79(1)(b) as compared to paragraph 79(1)(c). Since paragraph 79(1)(b) focuses on whether the impugned act was performed for a particular purpose with respect to competitors, the relevant factors—that is, evidence concerning its foreseeable effects on competitors, business justifications for its adoption, and subjective intent—are to be interpreted in this particular light. By contrast, paragraph 79(1)(c) mandates an assessment of the substantiality of the practice's actual or likely effects on competition in the relevant market(s), a task that proceeds from the vantage point of the market as a whole and invites consideration of a wider range of effects of the practice in question. The approach adopted by the Tribunal in this case does not properly recognize or maintain these important conceptual distinctions between the statutory elements of paragraphs 79(1)(b) and 79(1)(c).

trop étroit pour l'application de l'alinéa 79(1)b); essentiellement, le raisonnement du Tribunal impliquerait que, à moins d'empêcher l'entrée de concurrents ou d'empêcher autrement la concurrence, ou à moins de constituer la cause (principale) des caractéristiques anti-concurrentielles observées sur le marché, le comportement attaqué ne peut être considéré comme un agissement anti-concurrentiel. Cette proposition est à l'évidence erronée.

[83] À mon sens, l'erreur de droit du Tribunal touchant l'alinéa 79(1)b) est en partie attribuable à une fusion du critère juridique applicable à l'alinéa 79(1)c) et de celui qui correspond à l'alinéa 79(1)b). Comme je le disais plus haut au début de mon analyse, la pluralité des conditions prévues à l'article 79 donne à penser que, si on l'interprète bien, à chacune de ces conditions doit correspondre un critère juridique distinct. Pour le redire encore une fois, l'alinéa 79(1)b) porte sur le point de savoir si la pratique attaquée a bien le but anti-concurrentiel qu'elle doit avoir à l'égard des concurrents, tandis que l'alinéa 79(1)c) concerne l'état général de la concurrence et la question de savoir si ladite pratique a pour effet de diminuer sensiblement la concurrence sur le marché pertinent. Un élément donné de preuve indirecte peut remplir des fonctions subtilement différentes—mais dont il est important de voir qu'elles restent bien distinctes—relativement aux alinéas 79(1)b) et 79(1)c). Comme l'alinéa 79(1)b) porte avant tout sur le point de savoir si le comportement attaqué avait un but particulier pour ce qui concerne les concurrents, les facteurs pertinents—c'est-à-dire la preuve concernant ses effets prévisibles sur les concurrents, les justifications commerciales de son adoption et l'intention subjective—doivent être interprétés dans ce cadre déterminé. L'alinéa 79(1)c), quant à lui, commande une appréciation du caractère sensible ou non des effets réels ou vraisemblables de ce comportement sur la concurrence dans le ou les marchés pertinents, tâche qu'il faut remplir à partir d'une vue d'ensemble du marché et qui appelle l'examen d'un ensemble plus vaste d'effets du comportement en question. Or, le Tribunal a adopté dans la présente affaire une approche qui ne prend pas en compte ou ne maintient pas comme il faudrait ces importantes distinctions conceptuelles entre les conditions que prévoient respectivement les alinéas 79(1)b) et 79(1)c).

(3) The valid business justification and paragraph 79(1)(b)

[84] The Tribunal's conflation of the legal tests for paragraphs 79(1)(b) and 79(1)(c) is also apparent in its discussion of the business justification arguments proffered by the respondent. The Tribunal noted two business justifications suggested by the respondent: first, that the SDP's uniform rebate structure encourages competition, by creating a level playing field between small and large distributors; and second, that the SDP makes possible the high-volume sales necessary to enable Bibby to maintain a full line of products.

[85] The Tribunal rejected the first business justification proposed by the respondent, but was persuaded by the second. With respect to the first justification, the Tribunal concluded (at paragraph 209) that although the creation of equitable opportunities for small- and medium-sized enterprises to participate in the Canadian economy is an objective of the Act set out in section 1.1, this is not a relevant consideration for the purposes of section 79:

While the Tribunal acknowledges this to be an enunciated purpose of the Act, the Tribunal is of the view that this purpose is unrelated to the issue of abuse of dominance. Competition between distributors is not at issue. Rather, the case is about competition between Bibby and other suppliers of cast iron DWV products. The equitable characteristics of the SDP as it relates to distributors have little to do with whether Bibby is exercising its market power in a way that precludes competition between suppliers of the product. In consequence, this argument of business justification must fail.

[86] The Tribunal was persuaded, however, by the second business justification put forward by the respondent. It explained its reasoning as follows (at paragraphs 212 and 259):

High-volume sales are also important in a business which is volume-driven, as Mr. Leonard, General Manager of Bibby, explained. Bibby argues that it needs the sales to ensure efficiencies and to lower its cost of production; the Commissioner did not challenge this assertion. The rebate

3) La justification commerciale valable et l'alinéa 79(1)b)

[84] La fusion opérée par le Tribunal entre les critères juridiques correspondant respectivement aux alinéas 79(1)b) et 79(1)c) est également manifeste dans son analyse des arguments présentés par l'intimée au titre des justifications commerciales. Le Tribunal note deux justifications commerciales avancées par l'intimée : premièrement, le fait que le système uniforme d'abattements et de ristournes du PDS favoriserait la concurrence en égalisant les chances pour les petits et les grands distributeurs; et deuxièmement, le fait que le PDS rendrait possible les ventes en grandes quantités dont Bibby a besoin pour maintenir une ligne complète de produits.

[85] Le Tribunal rejette la première justification commerciale proposée par l'intimée, mais accueille la seconde. Pour ce qui concerne la première, le Tribunal conclut (au paragraphe 209) que, si l'un des objets explicites de la Loi, énoncés à son article 1.1, est effectivement d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, cet objet n'est pas un facteur pertinent pour l'application de l'article 79 :

Le Tribunal reconnaît qu'il s'agit là d'un objet explicite de la Loi, mais estime que cet objet n'est pas lié à la question de l'abus de position dominante. La concurrence entre les distributeurs n'est pas ici en question. La présente espèce concerne plutôt la concurrence entre Bibby et les autres fournisseurs de produits d'évacuation et de ventilation en fonte. Le caractère équitable du PDS par rapport aux distributeurs n'a pas grand-chose à voir avec le point de savoir si Bibby exerce sa puissance commerciale d'une manière qui entraverait la concurrence entre fournisseurs des produits susdits. En conséquence, cette justification commerciale n'est pas recevable.

[86] Le Tribunal se laisse cependant convaincre du bien-fondé de la seconde justification commerciale avancée par l'intimée. Il explique son raisonnement comme suit (aux paragraphes 212 et 259) :

En outre, la vente de volumes considérables s'avère importante dans un secteur où la quantité de la production est un facteur déterminant, ainsi que l'a expliqué M. Leonard, directeur général de Bibby. Celle-ci fait valoir qu'elle a besoin de fortes ventes pour assurer son efficience et pour diminuer

structure provided for in the SDP does encourage distributors to deal with Bibby for all three products if they choose Bibby to supply one of them and in consequence Bibby's sales are increased. As was stated in *Laidlaw*, the self-interest justification is not sufficient. However, in this case, the Tribunal accepts, based on Mr. Leonard's evidence, that high volumes allow Bibby to maintain in inventory smaller, less profitable but nevertheless important products. As a result, items that are used less often remain available in the market. This availability serves the interests of distributors and contractors, whether or not they belong to the SDP, and ultimately benefits the consumer.

...

The Respondent's business argument that Bibby needs to sell a certain volume in all three products to be able to maintain full production of all product lines is valid. There are certainly recognizable advantages in having a reliable source able to manufacture and supply a full line of cast iron pipe DWV products for the Canadian market.

[87] This analysis is problematic, as the Tribunal appears to have lost sight of the role of the valid business justification doctrine within paragraph 79(1)(b), and instead seems to grant it an independent role. A business justification for an impugned act is properly relevant only in so far as it is pertinent and probative in relation to the determination required by paragraph 79(1)(b), namely the determination as to whether the purpose for which the act was performed was a predatory, exclusionary or disciplinary negative effect on a competitor. As I explained above in the discussion of the intentionality aspect of the paragraph 79(1)(b) test, a valid business justification can, in appropriate circumstances, overcome the deemed intention arising from the actual or foreseeable negative effects of the conduct on competitors, by demonstrating that such anti-competitive effects are not in fact the overriding purpose of the conduct in question. In this way, a valid business justification essentially provides an alternative explanation as to why the impugned act was performed, which in the right circumstances might be sufficient to counterbalance the evidence of negative

son coût de production, affirmation que la commissaire n'a pas contestée. Or, la structure des abattements et ristournes que prévoit le PDS incite effectivement les distributeurs qui choisissent Bibby comme fournisseur d'un produit donné à acheter l'ensemble des trois à cette même entreprise, de sorte que les ventes de Bibby s'en trouvent augmentées. Comme le Tribunal l'a fait observer dans *Laidlaw*, l'intérêt propre n'est pas une justification commerciale suffisante. Cependant, dans la présente espèce, le Tribunal, se fondant sur le témoignage de M. Leonard, accepte l'argument que la vente de forts volumes permet à Bibby de garder en stock des produits qui se vendent moins et ne sont pas aussi rentables que les autres, mais qui restent néanmoins importants. Par suite, les articles d'usage peu fréquent demeurent disponibles sur le marché. Cette disponibilité sert les intérêts des distributeurs et des entrepreneurs, qu'ils soient ou non inscrits au PDS, et, en dernière analyse, les intérêts des consommateurs.

[...]

Le Tribunal estime valable l'argument commercial de la défenderesse selon lequel Bibby doit vendre un volume déterminé de chacun des trois produits pour pouvoir continuer la production intégrale de l'ensemble de ses gammes. On ne peut certainement s'empêcher de reconnaître les avantages que présente l'existence d'une entreprise fiable capable de fabriquer et de fournir une ligne complète de produits d'évacuation et de ventilation en fonte sur le marché canadien.

[87] Cette analyse fait problème, étant donné que le Tribunal paraît y avoir perdu de vue le rôle de la doctrine de la justification commerciale valable dans le cadre de l'alinéa 79(1)(b), et semble plutôt lui attribuer un rôle indépendant. La justification commerciale d'une pratique attaquée ne peut être prise en considération que dans la mesure où elle est pertinente et probante par rapport à la décision qu'exige l'alinéa 79(1)(b), soit celle du point de savoir si le comportement attaqué avait pour but un effet négatif sur un concurrent, effet qui doit être abusif, ou viser une exclusion ou une mise au pas. Comme je l'ai expliqué plus haut dans l'analyse de l'aspect relatif à l'intention du critère applicable à l'alinéa 79(1)(b), une justification commerciale valable peut, si le contexte le permet, l'emporter sur l'intention réputée découlant des effets négatifs, réels ou prévisibles, du comportement attaqué sur les concurrents, en démontrant que ces effets anti-concurrentiels ne sont pas en fait le but prédominant de ce comportement. De cette façon, une justification commerciale valable constitue une autre explication possible des motifs du comportement attaqué, laquelle, si la situation s'y prête,

effects on competitors or subjective intent in this vein.

[88] The valid business justification doctrine is not an absolute defence for paragraph 79(1)(b). Rather, a business justification is properly employed to counterbalance or neutralize other evidence of an anti-competitive purpose, prior to making a determination under 79(1)(b). As the Tribunal observed in *D & B*, a business justification proffered by a respondent must therefore be “weigh[ed]. . . in light of any anti-competitive effects to establish the overriding purpose” of the impugned act (at page 262, also quoted in *Tele-Direct*, at page 180). In *D & B*, the Tribunal properly emphasized this balancing exercise (at page 265):

Proof of the existence of a business motive for long-term contracts [the impugned conduct] that was unrelated to an anti-competitive purpose would undoubtedly be relevant to an evaluation of an allegation of anti-competitive acts. The mere proof of *some* legitimate business purpose would be, however, hardly sufficient to support a finding that there is no anti-competitive act. All known factors must be taken into account in assessing the nature and purpose of the acts alleged to be anti-competitive.

[89] In the case at bar, the Commissioner argued that the business justification accepted by the Tribunal is actually a self-interest argument based on selling more product, and therefore cannot qualify as a business justification for the purposes of paragraph 79(1)(b). The respondent countered that this was a mischaracterization of the Tribunal’s reasons, as in its view the business justification actually accepted by the Tribunal related to the maintenance of a full product line and the consequent benefits for consumers: according to the respondent, “it is crystal clear from the Tribunal’s reasons that the Tribunal accepted the SDP’s business purpose on the basis of its benefits to customers and end consumers, rather than Canada Pipe” (respondent’s memorandum of fact and law, at paragraph 83, emphasis in original).

peut suffire à contrebalancer la preuve des effets négatifs sur les concurrents ou d’une intention subjective orientée dans ce sens.

[88] La doctrine de la justification commerciale valable n’est pas un moyen de défense absolu dans le cadre de l’alinéa 79(1)b). Son usage légitime est autre : on doit plutôt se demander, avant de rendre une décision sous le régime de cet alinéa, si la justification commerciale contrebalance ou neutralise les éléments de preuve tendant à établir l’existence d’un but anti-concurrentiel. Comme le Tribunal l’a fait observer à la page 80 de *D & B*, il faut « évaluer [une justification commerciale avancée par un défendeur] en fonction des effets anti-concurrentiels pour établir l’objectif prépondérant » de la pratique attaquée (passage également cité au paragraphe 543 de *Télé-Direct*). Le Tribunal a mis l’accent avec raison sur cette opération d’évaluation comparative aux pages 85 et 86 de *D & B* :

La preuve de l’existence d’un motif d’ordre commercial justifiant les contrats à long terme [qui constituent le comportement attaqué], à l’exclusion de toute fin anti-concurrentielle, est sans aucun doute pertinente dans le cadre de l’évaluation d’une allégation d’agissements anti-concurrentiels. Toutefois, la seule preuve d’une *quelconque* fin commerciale légitime peut difficilement justifier une conclusion selon laquelle il n’y a pas d’agissements anti-concurrentiels. Tous les facteurs connus doivent être pris en considération pour déterminer la nature et la fin des agissements que l’on prétend être anti-concurrentiels.

[89] Dans la présente espèce, la commissaire soutient que la justification commerciale acceptée par le Tribunal est en fait un argument fondé sur l’intérêt propre, soit l’intérêt qu’il y a à vendre plus de produits, et n’est donc pas recevable pour l’application de l’alinéa 79(1)b). L’intimée réplique qu’il s’agit là d’une représentation inexacte des motifs du Tribunal. Selon elle, la justification commerciale que ce dernier a en fait accueillie se rapportait au maintien d’une ligne complète de produits et aux avantages qui s’ensuivent pour les consommateurs; [TRADUCTION] « il ressort à l’évidence de l’exposé de ses motifs [fait valoir l’intimée] que le Tribunal a accepté la justification commerciale du PDS sur le fondement de ses avantages pour les clients et pour les consommateurs finaux, plutôt que pour Tuyauteries Canada » (exposé des faits et du droit de l’intimée, paragraphe 83; souligné dans l’original).

[90] In my view, the respondent's interpretation of the Tribunal's reasons with respect to the second business justification is apt. However, this reasoning, which relies solely upon consumer welfare benefits to establish the business justification, is at the core of the Tribunal's error. Simply stated, improved consumer welfare is on its own insufficient to establish a valid business justification for the purposes of paragraph 79(1)(b). A valid business justification must provide a credible efficiency or pro-competitive explanation, unrelated to an anti-competitive purpose, for why the dominant firm engaged in the conduct alleged to be anti-competitive. The business justification must therefore be attributable to the respondent, for it is the latter's allegedly anti-competitive conduct which is sought to be explained.

[91] In the case at bar, the Tribunal's reasons do not establish the requisite efficiency-related link between the SDP and the respondent, and hence do not supply a legitimate explanation for the latter's choice to engage in the impugned conduct, unrelated to an anti-competitive purpose. Without such a link, self-interest remains as the only justification for the SDP which is attributable to the respondent for the purposes of paragraph 79(1)(b). The Tribunal thus erred in concluding, on the basis of the reasoning provided in its decision, that the respondent had established a valid business justification for the SDP. While this error may not ultimately have been determinative, in that a valid business justification is at most a factor to be balanced within the paragraph 79(1)(b) determination, it may well have played an important supporting role in the Tribunal's decision with respect to paragraph 79(1)(b).

(4) Conclusion with respect to paragraph 79(1)(b)

[92] In sum, the aspects of the Tribunal's decision discussed above admittedly represent short extracts of a long and complex analysis. However, the identified errors suggest a basic misapprehension and misapplication of the legal test for paragraph 79(1)(b),

[90] L'intimée donne là à mon sens une interprétation exacte des motifs du Tribunal pour ce qui concerne la seconde justification commerciale. Or, ce raisonnement, qui se fonde seulement sur l'accroissement du bien-être des consommateurs pour établir la justification commerciale, joue un rôle central dans l'erreur du Tribunal. Pour dire les choses simplement, l'accroissement du bien-être des consommateurs ne suffit pas à lui seul à démontrer le caractère valable d'une justification commerciale pour l'application de l'alinéa 79(1)b). Une justification commerciale valable doit être une explication crédible, fondée sur l'efficacité ou de nature proconcurrentielle, et sans lien avec un but anti-concurrentiel, des motifs qu'avait l'entreprise dominante de se livrer au comportement attaqué comme étant anti-concurrentiel. La justification commerciale doit donc être attribuable au défendeur, puisque c'est le comportement supposé anti-concurrentiel de ce dernier qu'il s'agit d'expliquer.

[91] Dans la présente espèce, l'exposé des motifs du Tribunal n'établit pas l'existence du lien nécessaire, fondé sur l'efficacité, entre le PDS et l'intimée, et ne donne donc pas une explication légitime, non liée à un but anti-concurrentiel, de la décision de l'intimée de se livrer au comportement attaqué. À défaut d'un tel lien, l'intérêt propre reste la seule justification du PDS qui soit attribuable à l'intimée pour l'application de l'alinéa 79(1)b). Le Tribunal a donc commis une erreur en concluant, sur le fondement du raisonnement exposé dans sa décision, que l'intimée avait établi une justification commerciale valable du PDS. S'il se peut que cette erreur n'ait pas en fin de compte été déterminante, au sens où une justification commerciale valable n'est tout au plus qu'un facteur parmi d'autres à prendre en compte pour la décision relevant de l'alinéa 79(1)b), elle pourrait bien avoir joué un rôle de soutien important dans la décision que le Tribunal a rendue sous le régime de cet alinéa.

4) Conclusion relative à l'alinéa 79(1)b)

[92] Somme toute, les aspects de la décision du Tribunal examinés plus haut ne représentent, j'en conviens, que de courts extraits d'une longue et complexe analyse. Cependant, les erreurs constatées témoignent d'une idée fausse et d'une application

and a troubling conflation between paragraphs 79(1)(b) and (c). Thus, at the very least, the extracts highlighted above render suspect the Tribunal's analysis of the relevant factors in the context of paragraph 79(1)(b). I can only conclude that the matter should be returned to the Tribunal for a reconsideration of its paragraph 79(1)(b) determination in light of the correct legal test.

(C) For the purposes of subsection 77(2), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP has the result that competition is or is likely to be lessened substantially?

[93] As I described above at paragraph 21 of these reasons, there is a parallel structure and logic between the requisite statutory elements for exclusive dealing under subsection 77(2) and abuse of dominant position under subsection 79(1). The parties did not present separate arguments with respect to the substantial lessening of competition element of subsection 77(2), and instead simply referred the Court to their arguments concerning this element in the context of section 79. This same approach was adopted by the Tribunal, which concluded, “[f]or the same reasons. . . as in our analysis under section 79,” that the Commissioner had failed to establish that the exclusive dealing practice has lessened competition substantially (paragraph 282).

[94] In *NutraSweet*, the Tribunal observed that “the fundamental test of substantial lessening of competition is the same in both sections of the Act [section 79 and subsection 77(2)]” (page 56). The similarity between this element in section 79 and subsection 77(2) is indeed strong, in that both provisions employ the key concepts of substantial lessening and competition. However, the two provisions also contain some differences in wording. In particular, the scope of section 79 appears to include events of the past, which are not expressly included for the purposes of subsection 77(2): paragraph 79(1)(c) encompasses three time frames (“has had, is having or is likely to have”), while subsection 77(2) refers to only two (“is or is likely to”).

impropre du critère juridique relatif à l’alinéa 79(1)b), ainsi que d’une fusion gênante des éléments respectifs des alinéas 79(1)b) et c). Par conséquent, les extraits relevés plus haut font à tout le moins peser un soupçon sur l’analyse proposée par le Tribunal des facteurs pertinents dans le contexte de l’alinéa 79(1)b). Force m’est donc de conclure que l’affaire devrait être renvoyée au Tribunal pour qu’il réexamine sa décision relative à l’alinéa 79(1)b) en fonction du critère juridique approprié.

C) Pour l’application du paragraphe 77(2), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement en conséquence du PDS?

[93] Comme je le disais plus haut au paragraphe 21, il existe un parallélisme structurel et logique entre, d’une part, les conditions prévues au paragraphe 77(2) concernant l’exclusivité, et, d’autre part, celles prévues au paragraphe 79(1) touchant l’abus de position dominante. Les parties n’ont pas exposé de moyens distincts à propos de la condition de diminution sensible de la concurrence que prévoit l’alinéa 77(2) et se sont plutôt contentées de renvoyer la Cour aux arguments qu’elles avaient avancés relativement à cet élément dans le contexte de l’article 79. Le Tribunal a adopté la même approche et a conclu, « [a]ux mêmes motifs [. . .] que ceux [qu’il avait] formulés dans [son] analyse fondée sur l’article 79 », que la commissaire n’avait pas établi que la pratique d’exclusivité eût diminué sensiblement la concurrence (paragraphe 282).

[94] Dans *NutraSweet*, le Tribunal faisait observer que « le critère fondamental de la diminution sensible de la concurrence est le même dans les deux articles de la Loi [soit l’article 79 et le paragraphe 77(2)] » (page 111). La ressemblance entre cet élément considéré dans le contexte de l’article 79 et cet élément considéré du point de vue du paragraphe 77(2) est effectivement forte, en ce que les deux dispositions mettent en œuvre les concepts clés de diminution sensible et de concurrence. Cependant, il y a aussi certaines différences entre les textes de ces deux dispositions. En particulier, la portée de l’article 79 s’étend aux événements du passé, qui ne sont pas expressément compris dans le champ d’application du paragraphe

[95] For the purposes of this appeal, I need not consider whether the differences in wording between paragraph 79(1)(c) and subsection 77(2) might in particular cases properly yield substantively different results with respect to the substantial lessening of competition element. In the case at bar, it is clear that the Tribunal simply adopted the same legal test and analysis in respect of the substantial lessening of competition element for both section 79 and subsection 77(2). To the extent that the Tribunal erred in law in the context of paragraph 79(1)(c) in its interpretation of the test for substantial lessening of competition, the same errors of law apply with respect to subsection 77(2).

(D) For the purposes of subsection 77(2), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP is likely to impede entry or expansion of a firm or a product in a market or have any other exclusionary effect in a market?

[96] The parallel structure of subsections 77(2) and 79(1) is also apparent in comparing the second elements required by the two statutory provisions: both provisions call for the identification of a particular type of impugned conduct, namely a practice of exclusive dealing with an exclusionary effect in the case of subsection 77(2), and a practice of anti-competitive acts in the case of paragraph 79(1)(b). The parties did not present separate arguments concerning this element of subsection 77(2), but rather appear to have assimilated this element into their arguments concerning section 79.

[97] The Tribunal was satisfied that the SDP was a practice of exclusive dealing according to the statutory definition provided in paragraph 77(1)(b) (paragraph

77(2); en effet, l'alinéa 79(1)c) englobe les trois divisions du temps (« a, a eu ou aura vraisemblablement »), tandis que le paragraphe 77(2) ne s'applique qu'au présent et à l'avenir (« est ou sera vraisemblablement »).

[95] Je n'ai pas à me demander, pour les besoins du présent appel, si les différences de libellé de l'alinéa 79(1)c) et du paragraphe 77(2) pourraient à bon droit, dans des cas particuliers, donner lieu à des conclusions de fond différentes touchant la condition de diminution sensible de la concurrence. Dans la présente espèce, il apparaît à l'évidence que le Tribunal a tout simplement appliqué le même critère juridique et la même analyse à la condition de diminution sensible de la concurrence considérée dans le cadre de l'article 79 et du paragraphe 77(2). Dans la mesure où le Tribunal a commis des erreurs de droit dans son interprétation du critère de la diminution sensible de la concurrence dans le contexte de l'alinéa 79(1)c), il peut être dit avoir commis les mêmes erreurs de droit relativement au paragraphe 77(2).

D) Pour l'application du paragraphe 77(2), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS aura vraisemblablement, sur un marché, soit pour effet de faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme, ou encore au lancement ou à l'expansion des ventes d'un produit, soit quelque autre effet tendant à exclure?

[96] Le parallélisme de structure entre les paragraphes 77(2) et 79(1) est également manifeste lorsque l'on compare les conditions qu'ils prévoient en second lieu : les deux paragraphes exigent du commissaire l'établissement d'un comportement déterminé, savoir une pratique d'exclusivité à effet tendant à exclure dans le cas du paragraphe 77(2), et une pratique d'agissements anti-concurrentiels dans le cas de l'alinéa 79(1)b). Les parties n'ont pas fait valoir de moyens distincts au sujet de cet élément du paragraphe 77(2), mais paraissent plutôt l'avoir incorporé dans leurs argumentations respectives touchant l'article 79.

[97] La commissaire a convaincu le Tribunal que le PDS constituait une pratique d'exclusivité selon la définition de l'alinéa 77(1)b) (paragraphe 279).

279). However, the Tribunal concluded that an exclusionary effect had not been established, based on its analysis under section 79 (at paragraphs 281 and 282):

We have concluded under section 79 that the SDP is not an anti-competitive practice because we found insufficient evidence to show that the SDP in itself had an exclusionary effect.

...

For the same reasons therefore as in our analysis under section 79, we find that the Commissioner has failed to establish that the exclusive dealing practice impedes or is likely to impede entry of a new competitor or have any exclusionary effect. . .

[98] For the purposes of this appeal, I need not decide the precise scope or nature of the similarity between the statutory element of subsection 77(2) concerning exclusionary effects, and paragraph 79(1)(b). There may well be differences between the two provisions, which could prove pertinent in a future case. However, it is sufficient in the circumstances of this case to note that the exclusionary effects required under subsection 77(2) are clearly of a relative nature, as indicated by use of the word “impede” in paragraphs 77(2)(a) and (b), rather than a more categorical verb, such as “prevent”. I have already considered in detail the Tribunal’s treatment of the evidence concerning barriers to entry and the effects of the SDP, and it is unnecessary to repeat this analysis here. My conclusion, stated above at paragraph 58, is equally applicable for the purposes of the Tribunal’s determination with respect to the exclusionary effects element of subsection 77(2): the Tribunal’s analysis of the evidence concerning barriers to entry and the effects of the SDP was conducted from the narrow perspective of prevention, and not the broader perspective implied by the word “impede”. The adoption of this unduly narrow perspective constitutes reversible error.

[99] Moreover, it should be noted that like subsection 79(1), subsection 77(2) establishes distinct statutory

Cependant, le Tribunal a aussi conclu, sur le fondement de son analyse relative à l’article 79, que la commissaire n’avait pas établi l’existence d’un effet tendant à exclure (aux paragraphes 281 et 282) :

Nous avons conclu sous le régime de l’article 79 que le PDS n’est pas une pratique anticoncurrentielle, au motif de l’insuffisance des éléments produits pour établir que le PDS aurait en soi un effet tendant à exclure

[...]

Aux mêmes motifs, donc, que ceux que nous avons formulés dans notre analyse fondée sur l’article 79, nous concluons que la commissaire n’a pas établi que la pratique d’exclusivité ait, ou doive vraisemblablement avoir, soit pour effet de faire obstacle à l’entrée d’un nouveau concurrent, soit quelque autre effet tendant à exclure [...]

[98] Je n’ai pas à décider, pour les besoins du présent appel, la portée ou la nature exactes de la similarité entre la condition relative aux effets tendant à exclure que prévoit le paragraphe 77(2) et la condition prévue à l’alinéa 79(1)b). Il se pourrait bien qu’il y ait des différences entre ces deux dispositions, et que ces différences se révèlent pertinentes dans une affaire ultérieure. Cependant, il suffit de noter, dans le contexte des faits de la présente espèce, que les effets tendant à exclure dont le paragraphe 77(2) exige l’établissement sont manifestement de nature relative, comme l’indique l’emploi, aux alinéas 77(2)a) et b), de l’expression « faire obstacle » plutôt que d’un verbe plus catégorique comme « empêcher ». J’ai déjà examiné en détail l’utilisation par le Tribunal des éléments de preuve concernant les obstacles à l’entrée et les effets du PDS, et il est inutile que je répète ici cette analyse. La conclusion que j’ai formulée au paragraphe 58 ci-dessus s’applique également à la conclusion du Tribunal touchant la condition relative aux effets tendant à exclure que prévoit le paragraphe 77(2) : le Tribunal a analysé la preuve concernant les obstacles à l’entrée et les effets du PDS du point de vue étroit qu’exprime le terme « empêcher » et non du point de vue plus large qu’appelle l’expression « faire obstacle ». L’adoption de ce point de vue indûment étroit constitue une erreur susceptible de révision.

[99] En outre, il est à noter que, comme le paragraphe 79(1), le paragraphe 77(2) énumère des conditions

elements, each of which must be established before an order prohibiting exclusive dealing can issue. These distinct statutory elements must not be conflated: the existence of the various exclusionary effects described in paragraphs 77(2)(a), (b) and (c) must be considered separately from the question of whether there has been a substantial lessening of competition. Since the Tribunal relied, for the purpose of its subsection 77(2) determination concerning exclusionary effects, upon its erroneous paragraph 79(1)(b) reasoning, its conclusion in this regard cannot stand.

V. CONCLUSION

[100] For the above reasons, I would allow the appeal with costs, I would set aside the Tribunal's decision in this regard, and I would refer the matter back to the Tribunal for a redetermination in accordance with these reasons and on the basis of the evidence currently on record.

LÉTOURNEAU J.A.: I concur.

PELLETIER J.A.: I concur.

distinctes, dont chacune doit être remplie pour que puisse être rendue une ordonnance interdisant de pratiquer l'exclusivité. Ces conditions distinctes que prévoit la Loi ne doivent pas être fusionnées : l'existence des divers effets tendant à exclure que définissent les alinéas 77(2)a), b) et c) doit être examinée séparément de la question de savoir s'il y a eu diminution sensible de la concurrence. Or, comme le Tribunal a fondé la conclusion qu'il a formulée touchant les effets tendant à exclure dans le cadre du paragraphe 77(2) sur son raisonnement erroné à propos de l'alinéa 79(1)b), cette conclusion ne peut être maintenue.

V. CONCLUSION

[100] Pour les motifs exposés ci-dessus, j'accueillerais l'appel avec dépens, j'annulerais la décision du Tribunal à l'égard des questions en litige dans l'appel, et je lui renverrais l'affaire pour qu'il procède à un nouvel examen conformément aux présents motifs et sur le fondement de la preuve actuellement au dossier.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.