

**FEDERAL COURT OF APPEAL**

BETWEEN:

**RADU HOCIUNG**

Appellant

and

**MINISTER OF PUBLIC SAFETY  
AND EMERGENCY PREPAREDNESS**

Respondent

**INDEX**

**TAB**

1. *A&R Dress Co. Inc. and Minister of National Revenue 2006 FCA 298*
2. *Attorney General of Canada v. Igloo Vilski Inc.* 2016 SCC 38
3. *Robert Hryniak v. Fred Maildin et al.* 2014 SCC 7
4. *Regina v. Behm* 1969 CanLII 995 (QC CA)
5. *Regina v. Vanek* 1969 CanLII 888 (ON SC)
6. *Reuters Article dated January 24, 2013*

= at para. 5

## Federal Court of Appeal Decisions

### A & R Dress Co. Inc. v. Canada (Minister of National Revenue)

Court (s) Database: Federal Court of Appeal Decisions

Date: 2006-09-11

Neutral citation: 2006 FCA 298

File numbers: A-232-05

Notes: Digest

**Date: 20060911**

**Docket: A-232-05**

**Citation: 2006 FCA 298**

**CORAM:** DÉCARY J.A.  
LÉTOURNEAU J.A.  
NADON J.A.

**BETWEEN:**

**A& R DRESS CO. INC.**

**Appellant**

**and**

**THE MINISTER OF NATIONAL REVENUE**

**Respondent**

Heard at Montréal, Québec, on September 11, 2006.

Judgment delivered from the Bench at Montréal, Quebec, on September 11, 2006.

REASONS FOR JUDGMENT OF THE COURT BY:

DÉCARY J.A.

Date: 20060911

Docket: A-232-05

Citation: 2006 FCA 298

CORAM: DÉCARY J.A.  
LÉTOURNEAU J.A.  
NADON J.A.

BETWEEN:

A & R DRESS CO. INC.

Appellant

and

THE MINISTER OF NATIONAL REVENUE

Respondent

**REASONS FOR JUDGMENT OF THE COURT**

(Delivered from the Bench at Montréal, Quebec, on September 11, 2006)

**DÉCARY J.A.**

[1] At issue in this appeal from a decision of the Federal Court (2005 FC 681) is the interpretation of paragraph 110(b) of the *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36, which provides a duties relief for obsolete or surplus goods. The issue being one of statutory construction, the standard of review, admittedly and undoubtedly, is that of correctness.

[2] The Appellant imports fabric from Korea, to make dresses. It pays the applicable customs duty in respect of the full value of the imported fabric. As a result of the process by which the dresses are manufactured in Canada, certain textile cuttings remain as leftover

material. The leftover material is no longer usable to manufacture dresses (A.B. p. 29) and is “thrown in the garbage” (A.B. p. 32). It is eventually destroyed by the Appellant in a manner directed by the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (“The Minister”).

[3] The Appellant filed a claim for a refund, by way of drawback, of the customs duty which had been paid in respect of the leftover material. The claim was made under Division 3 (“Obsolete or Surplus Goods”) of Part 3 (“Duties Relief”) of the *Customs Tariff*. Division 3 is composed of the following three articles:

**CUSTOMS TARIFF**  
(1997, C. 36)

[...]

**PART 3  
DUTIES RELIEF**

**DIVISION 3  
OBSOLETE OR SURPLUS  
GOODS**

**TARIF DES DOUANES**  
(1997, ch. 36)

...

**PARTIE 3  
EXONÉRATION DE DROITS**

**SECTION 3  
MARCHANDISES SURANNÉES  
OU EXCÉDENTAIRES  
EXCÉDENTAIRES**

Definition of “obsolete or surplus goods”

109. In this Division, “obsolete or surplus goods” means goods that are

Définition de « marchandises surannées ou excédentaires »

109. Dans la présente section, « marchandises surannées ou excédentaires » s’entend des marchandises qui, à la fois :

(a) found to be obsolete or surplus

a) sont jugées surannées ou excédentaires par :

(i) in the case of imported goods, by their importer or owner, or

(i) leur importateur ou propriétaire, dans le cas de marchandises importées,

(ii) in any other case, by their manufacturer, producer or owner;

(ii) leur fabricant, producteur ou propriétaire, dans les autres cas;

(b) not used in Canada;

b) ne sont pas utilisées au Canada;

(c) destroyed in such manner as the Minister of Public Safety and

c) sont détruites selon les instructions du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile;

Emergency Preparedness may direct; and

(d) not damaged before their destruction.

1997, c. 36, s. 109; 2005, c. 38, ss. 142, 145.

d) n'ont pas été endommagées avant leur destruction.

1997, ch. 36, art. 109; 2005, ch. 38, art. 142 et 145.

#### Exonération

110. If an application is made in accordance with section 111, a refund shall be granted of

110. Sur demande présentée en conformité avec l'article 111, est accordé un remboursement de la totalité des droits qui ont été payés :

(a) all duties, other than the goods and services tax, paid in respect of imported obsolete or surplus goods;

a) à l'exception de la taxe sur les produits et services, sur des marchandises surannées ou excédentaires importées;

(b) all duties, other than taxes imposed under the Excise Tax Act, paid in respect of imported goods processed in Canada, if the goods that result from the processing become obsolete or surplus goods; and

b) à l'exception des taxes imposées en vertu de la Loi sur la taxe d'accise, sur les marchandises importées et transformées au Canada, si les marchandises découlant de la transformation deviennent des marchandises surannées ou excédentaires;

(c) all duties, other than taxes imposed under the Excise Tax Act, paid in respect of imported goods, other than fuel or plant equipment, that are directly consumed or expended in the processing in Canada of goods that become obsolete or surplus goods.

c) à l'exception des taxes imposées en vertu de la Loi sur la taxe d'accise, sur les marchandises importées — sauf le carburant, le combustible ou le matériel d'usine —, directement consommées ou absorbées lors de la transformation au Canada de marchandises qui deviennent surannées ou excédentaires.

#### Demandes

111. Les demandes de remboursement prévues à l'article 110:

111. An application under section 110 must be

a) comportent les renseignements prescrits par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile et sont présentées, en la forme qu'il prescrit, par :

- (a) made in the prescribed form and manner, with the prescribed information,
  - (i) l'importateur ou le propriétaire des marchandises surannées ou excédentaires, dans les cas où ces marchandises ont été importées,
  - (ii) if the obsolete or surplus goods were imported, by the importer or owner of those goods, or
  - (ii) in any other case, by the manufacturer, producer or owner of the obsolete or surplus goods;
- (b) accompanied by a waiver referred to in section 119, if applicable, and by the prescribed documents; and
- (c) made within five years, or such other time as may be prescribed, after the goods in respect of which it is made are released.

1997, c. 36, s. 111; 2005, c. 38, ss. 89(F), 145.

- (i) l'importateur ou le propriétaire des marchandises surannées ou excédentaires, dans les cas où ces marchandises ont été importées,
- (ii) le fabricant, le producteur ou le propriétaire des marchandises surannées ou excédentaires, dans tous les autres cas;
- b) comportent la renonciation visée à l'article 119, le cas échéant, et les documents réglementaires;
- c) sont présentées dans les cinq ans — ou, le cas échéant, dans le délai réglementaire — suivant le dédouanement des marchandises.

1997, ch. 36, art. 111; 2005, ch. 38, art. 89(F) et 145.

[4] Subsection 2(1) of the *Customs Act* and section 4 of the *Customs Tariff* are also relevant:

CUSTOMS ACT (R.S., 1985, C. 1 (2ND SUPP.))	DOUANES, LOI SUR LES (L.R., 1985, CH. 1 (2E SUPPL.))
INTERPRETATION	DÉFINITIONS ET CHAMP D'APPLICATION
DEFINITIONS	DÉFINITIONS
2. (1) In this Act,	2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

“goods”  
« marchandises »

“goods”, for greater certainty, includes conveyances, animals and any document in any form;

« marchandises »  
“goods”

« marchandises ». Leur sont assimilés, selon le contexte, les moyens de transport et les animaux, ainsi que tout document, quel que soit son support.

### **CUSTOMS TARIFF**

(1997, C. 36)

#### **PART 1 INTERPRETATION AND GENERAL**

##### **INTERPRETATION [...]**

###### Words and expressions in Act

4. Unless otherwise provided, words and expressions used in this Act and defined in subsection 2(1) of the *Customs Act* have the same meaning as in that subsection.

### **TARIF DES DOUANES**

(1997, C. 36)

#### **PARTIE 1 DÉFINITIONS ET DISPOSITIONS GÉNÉRALES**

##### **DÉFINITIONS**

...

###### Termes de la Loi sur les douanes

4. Sauf indication contraire, les termes et expressions utilisés dans la présente loi et définis au paragraphe 2(1) de la *Loi sur les douanes* s'entendent au sens de ce paragraphe.

[5] When examining the *Customs Tariff*, one must start from the premise that the word “goods” (“marchandises” in French) refers to “items in circulation on the commercial market and destined to be sold; goods offered for sale” (see *Enterprises Kato Inc. v. Canada (Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise – M.N.R.)* (F.C.A.), November 21, 1983, A-481-82, by Marceau J.A.). The need to resort to an authoritative jurisprudential definition arises because even though section 4 of the *Customs Tariff* imports the definition contained in subsection 2(1) of the *Customs Act*, the definition of “goods” in that subsection is of no help in the case at bar. We appreciate that *Enterprises Kato* dealt with the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1970, c.E-13, but since “duties” is defined in the *Customs Act* as “any duties or taxes

levied on imported goods under the *Customs Tariff*, the *Excise Tax Act* ...”, it is fair to say that the ordinary and accepted meaning of “goods” applies to both statutes.

[6] Read in that context, the clear meaning of paragraph 110(b) of the *Customs Tariff* is that a refund shall be granted with respect to goods, i.e. to merchantable items which result from the processing and become obsolete or surplus goods. The dresses clearly fall within the contemplation of the paragraph: they come into existence as a result of the processing, they are merchantable items and they can be found by their importer to have become obsolete or surplus. (We need not, in the circumstances of this case, deal with the requirements (b), (c) and (d) of section 109).

[7] The solution with respect to the leftover material is not as evident. It may be that the leftover material comes into existence as a result of the processing. But if so, is it a merchantable item, in other words, is it “goods”?

[8] The evidence indicates that the leftover material is not usable for dresses, which does not mean that it is not usable for something else, like scrap or waste. But only merchantable scrap or waste would qualify as “goods” within the meaning of the *Customs Tariff*. As we understand counsel for the Appellant’s argument, the leftover material is merchantable scrap, merchantable scrap qualifies as « goods » and therefore paragraph 110(b) of the *Customs Tariff* applies. It may well be, as suggested by counsel, that Division 3 of Part 3 (i.e. articles 109 to 111) is a code of its own in which the word “goods” must be given the wide meaning given to it in *Enterprises Kato* and could include merchantable scrap. It may well be, also, as suggested by both counsel, that articles 120 to 122, in Division 5 of the *Customs Tariff*, which provide for a reduction of the drawback or refund in cases where merchantable scrap or waste is sold, are not applicable in the case at bar. We need not, however, decide these issues because there is no evidence before us that the leftover material is merchantable scrap, let alone that it is obsolete or surplus goods. Counsel for the appellant, who was not

representing the appellant before the Minister, conceded at the hearing that there was no evidence that the leftover material had any merchantable value. In the circumstances, even if we did agree that paragraph 110(b) applies to merchantable leftover material, the Appellant's claim for refund under that paragraph fails for lack of evidence.

[9] In the end we come to the same conclusion as the Federal Court Judge, but through different reasoning. We will dismiss the appeal with costs.

“Robert Décaray”

J.A.

**FEDERAL COURT OF APPEAL**

**NAMES OF COUNSEL AND SOLICITORS OF RECORD**

**DOCKET:** A-232-05

**STYLE OF CAUSE:** A & R DRESS CO. INC. –and–  
THE MINISTER OF NATIONAL REVENUE

**PLACE OF HEARING:** Montréal, Quebec

**DATES OF HEARING:** September 11, 2006

**REASONS FOR JUDGMENT OF  
THE COURT BY:** DÉCARY J.A.  
LÉTOURNEAU J.A.  
NADON J.A.

**DELIVERED FROM THE BENCH BY:** DÉCARY J.A.

**DATE OF REASONS FROM THE BENCH:** September 11, 2006

**APPEARANCES:**

Michael Kaylor

FOR THE APPELLANT

Jacques Mimar

FOR THE RESPONDENT

**SOLICITORS OF RECORD:**

Lapointe Rosenstein  
Montréal, Quebec

FOR THE  
APPELLANT

John H. Sims, Q.C. FOR RESPONDENT  
Deputy Attorney General of Canada  
Montréal, Quebec

FOR THE  
RESPONDENT

**Attorney General of Canada Appellant**

v.

**Igloo Vikski Inc. Respondent**

**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v.  
IGLOO VIKSKI INC.**

**2016 SCC 38**

File No.: 36258.

2016: March 29; 2016: September 29.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL**

*Taxation — Customs and excise — International trade — Tariff classification of goods — Importation of hockey gloves — Whether goods should be classified as "gloves, mittens and mitts" or "other articles of plastics and articles of other materials" under Harmonized Commodity Description and Coding System — Whether Canadian International Trade Tribunal's interpretation and application of Rules 1 and 2 of General Rules for Interpretation of Harmonized System were reasonable — Customs Tariff, S.C. 1997, c. 36, Schedule, General Rules for the Interpretation of the Harmonized System.*

The importer arranged to import hockey gloves made of textiles and plastics, bound together by stitching. The Canada Border Services Agency classified five models of gloves as "gloves, mittens and mitts" under tariff item No. 6216.00.00 of the Harmonized Commodity Description and Coding System ("Harmonized System"), incorporated into the Schedule to the *Customs Tariff*. The remaining model was classified under tariff item No. 3926.20.92 as "other articles of plastics".

The Canadian International Trade Tribunal ("CITT" or "Tribunal") dismissed the importer's appeal, concluding that the gloves were classifiable as "gloves, mittens and mitts". The Federal Court of Appeal, however, allowed

**Procureur général du Canada Appellant**

c.

**Igloo Vikski Inc. Intimée**

**RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c.  
IGLOO VIKSKI INC.**

**2016 CSC 38**

N° du greffe : 36258.

2016 : 29 mars; 2016 : 29 septembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

*Droit fiscal — Douanes et accise — Commerce international — Classement de marchandises en vue de la détermination du tarif — Importation de gants de hockey — Les marchandises doivent-elles être classées comme des « gants, mitaines et moufles » ou comme « autres ouvrages en matières plastiques et ouvrages en autres matières » en application du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises? — L'interprétation et l'application par le Tribunal canadien du commerce extérieur des Règles 1 et 2 des Règles générales pour l'interprétation du Système harmonisé étaient-elles raisonnables? — Tarif des douanes, L.C. 1997, c. 36, annexe, Règles générales pour l'interprétation du Système harmonisé.*

L'importateur a pris des arrangements pour importer des gants de hockey confectionnés de matières textiles et plastiques cousues ensemble. L'Agence des services frontaliers du Canada a classé cinq modèles de gants dans le numéro tarifaire 6216.00.00, à savoir « gants, mitaines et moufles », du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises (le « Système harmonisé »), qui figure en annexe au *Tarif des douanes*. L'autre modèle a été classé dans le numéro tarifaire 3926.20.92, à savoir « autres ouvrages en matières plastiques ».

Le Tribunal canadien du commerce extérieur (le « TCCE » ou le « Tribunal ») a rejeté l'appel interjeté par l'importateur et est arrivé à la conclusion que les gants devaient être classés comme des « gants, mitaines et

the importer's appeal and remitted the matter back to the CITT.

*Held* (Côté J. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ.: The tariff classification exercise begins with Rule 1 of the General Rules for the Interpretation of the Harmonized System, which directs that the classification of goods must initially be determined with reference only to the headings within a chapter, as well as any applicable Section or Chapter Notes. Where the goods are unfinished or where they are comprised of a mix of materials or substances, Rule 2 is applied in conjunction with Rule 1 to determine the *prima facie* classification of such goods. Rule 2(a) deems unfinished goods to be finished goods, and directs that they be classified using Rule 1 as if they were goods in a complete or finished state. Rule 2(b) applies where a good consists of a mixture of more than one substance, and states that a reference to goods of a given material or substance in a heading shall be taken to include goods consisting wholly or partly of such material or substance. If, having applied Rules 1 and 2, the good is *prima facie* classifiable under only one heading, then the inquiry ends and the good is classified under that heading. If, however, the good is *prima facie* classifiable under more than one heading, then Rule 3 applies, by operation of Rule 2(b), to resolve the classification dispute. If the application of Rules 1, 2 and 3 does not lead to the classification of a good under a single heading, Rules 4, 5 and 6 are applied to determine the classification of the good.

While the General Rules are commonly described as cascading in nature, this metaphor does not quite capture how the General Rules are to be applied. It is more helpful to understand that order as a function of a hierarchy rather than a cascade. Rule 1 does not lose all relevance where Rule 2 is applied. Where Rule 2 applies, it applies together with Rule 1 to identify the heading(s) under which an incomplete or composite good can be *prima facie* classified.

The CITT concluded that the gloves were not classifiable under heading 39.26 using Rule 1 because they were not made by sewing or sealing sheets of plastic together, as directed by the Explanatory Note to heading 39.26 of the *Explanatory Notes to the Harmonized Commodity Description and Coding System*. The CITT found that the gloves met the description of heading 62.16 using Rule 1. Since the gloves contained plastic padding that was more than mere trimming, the CITT applied Rule 2(b) of

moufles ». La Cour d'appel fédérale a cependant accueilli l'appel interjeté par l'importateur et renvoyé l'affaire au TCCE.

*Arrêt* (la juge Côté est dissidente) : L'appel est accueilli.

*La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown : L'exercice de classement commence par la Règle 1 des Règles générales pour l'interprétation du Système harmonisé, suivant laquelle le classement des marchandises se fait initialement selon les termes des positions d'un chapitre, ainsi que de toute Note de Section ou de Chapitre applicable. Dans le cas d'un article non fini ou fait d'un mélange de matières, il faut appliquer la Règle 2 en tandem avec la Règle 1 pour déterminer la position dans laquelle la marchandise paraît devoir être classée. La Règle 2a) assimile l'article non fini à l'article fini et dispose qu'il est classé en application de la Règle 1 comme s'il s'agissait d'un article complet ou fini. La Règle 2b) s'applique lorsqu'il s'agit de déterminer le classement d'un article fait d'un mélange de matières. Elle dispose que la mention dans une position d'ouvrages en une matière déterminée se rapporte aux ouvrages constitués entièrement ou partiellement de cette matière. Si l'application des Règles 1 et 2 aboutit à une seule position, l'article est classé dans cette position et l'analyse prend fin. Or, si une marchandise paraît devoir être classée dans plus d'une position, il faut appliquer la Règle 3, comme le prévoit la Règle 2b), pour résoudre le conflit. Si l'application des Règles 1, 2 et 3 n'aboutit pas au classement d'un article dans une seule position, il faut appliquer les Règles 4, 5 et 6 pour déterminer le classement de la marchandise.*

*Si on dit couramment des Règles générales qu'elles sont structurées en cascade, cette métaphore ne décrit pas vraiment la manière dont les Règles s'appliquent. L'ordre relève plus de la hiérarchie que de la cascade. La Règle 1 n'est pas écartée par l'application de la Règle 2. Dans les cas où la Règle 2 s'applique, c'est en tandem avec la Règle 1 pour déterminer la position ou les positions dans lesquelles un article incomplet ou composite paraît devoir être classé.*

*Le TCCE a conclu que les gants ne pouvaient être classés dans la position 39.26 par application de la Règle 1, car ils n'étaient pas confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles, comme le prévoit la Note explicative accompagnant la position 39.26 des *Notes explicatives du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises*. Le TCCE est arrivé à la conclusion que les gants répondent aux termes de la position 62.16 par application de*

the General Rules, as directed by the Explanatory Note to heading 62.16, which led the CITT to extend the scope of the heading in order to classify the goods as “gloves, mittens and mitts”.

The Federal Court of Appeal found that the CITT had misinterpreted the General Rules by requiring that the goods must meet the description of a heading by applying Rule 1 before Rule 2(b) can be used to extend that heading to cover goods made of mixed substances. Once the CITT concluded that the goods did not meet the description of the heading in 39.26, it should have applied Rule 2(b) of the General Rules to extend that heading to cover the gloves. Then, because the goods were *prima facie* classifiable under both headings 39.26 and 62.16, Rule 3 should have been employed to determine the proper classification of the gloves.

In concluding that the CITT misapplied the General Rules, the Federal Court of Appeal misapprehended their structure. It did not appreciate the conjunctive nature of the application of Rules 1 and 2 to a determination of the heading(s) under which a good is *prima facie* classifiable. Further, the Federal Court of Appeal erred in supposing that Rule 2(b) can be applied to extend the scope of a heading to include a particular good where no part of that good falls within the heading. While Rule 2(b) deems a reference in a heading to a material to include a mixture of that material with other substances, the Section, Chapter Notes, and Explanatory Notes still apply when classifying that good as if it were made exclusively of the material referenced by the heading. Read as a whole, the CITT’s decision was reasonable. The CITT neither misapplied the General Rules, nor interpreted heading 39.26 and its Explanatory Note in an unreasonable manner.

*Per Côté J. (dissenting):* The Tribunal’s decision falls well outside the range of reasonable interpretations. It contradicts the cascading nature of the General Rules, it is internally contradictory, and it interprets the Explanatory Notes in a manner that is irreconcilable with their words.

While the standard of review of reasonableness is applicable here, this appeal deals with the interpretation of a statute that was enacted to implement the *International Convention on the Harmonized Commodity Description*

la Règle 1. Le TCCE, estimant que les gants comportaient du rembourrage en plastique qui excédait le rôle de simples garnitures, a appliqué la Règle 2b) des Règles générales, comme le prévoit la Note explicative accompagnant la position 62.16, ce qui l’a mené à étendre la portée de la position de manière à classer les marchandises comme des « gants, mitaines et moufles ».

La Cour d’appel fédérale a conclu que le TCCE avait mal interprété les Règles générales en exigeant que les articles répondent aux termes d’une position en application de la Règle 1 avant que n’intervienne la Règle 2b) pour étendre la portée de cette position de manière à y inclure les matières mélangées. Le TCCE, après avoir déterminé que les marchandises ne correspondaient pas aux termes de la position 39.26, aurait dû appliquer la Règle 2b) des Règles générales pour étendre la portée de la position de manière à y inclure les gants. Ensuite, comme les marchandises paraissaient devoir être classées dans deux positions, soit 39.26 et 62.16, il aurait fallu appliquer la Règle 3 pour déterminer le classement des gants.

En concluant que le TCCE avait mal appliqué les Règles générales, la Cour d’appel fédérale a mal saisi l’économie de ces Règles. Elle n’a pas compris que les Règles 1 et 2 doivent être appliquées en tandem lorsqu’il s’agit de déterminer dans quelle position un article paraît devoir être classé. En outre, la Cour d’appel fédérale a fait erreur en supposant que la Règle 2b) s’applique pour étendre la portée d’une position de manière à y inclure un article dont aucune partie ne peut y être classée. Si aux termes de la Règle 2b) la mention d’une matière dans une position est assimilée à la mention de cette matière mélangée ou associée à d’autres matières, il demeure que les Notes de Sections ou de Chapitres et les Notes explicatives s’appliquent au classement de l’article comme s’il était constitué à l’état pur de la matière mentionnée dans la position. Globalement, la décision du TCCE était raisonnable. Le TCCE n’a pas mal appliqué les Règles générales ni donné au libellé de la position 39.26 et à sa Note explicative une interprétation déraisonnable.

*La juge Côté (dissidente) :* La décision du Tribunal ne fait aucunement partie des interprétations raisonnables. Elle va à l’encontre de la nature dite « en cascade » des Règles générales, elle est intrinsèquement contradictoire et elle fait des Notes explicatives une lecture qui est incompatible avec leur libellé.

Bien que la norme de contrôle de la décision raisonnable s’applique en l’espèce, la présente affaire porte sur l’interprétation de la loi de mise en œuvre de la *Convention internationale sur le Système harmonisé de désignation*

*and Coding System*. Given the *Convention* parties' intention of creating a uniform classification scheme, the range of reasonable statutory interpretations in this context is narrow.

First, the Tribunal erred by requiring as a condition to the application of Rule 2(b) that the goods must first meet the description in the heading pursuant to Rule 1. The distinction between a conjunctive or hierarchical application of the General Rules as opposed to a cascading application is, in this case, irrelevant. A good does not need to first meet the description in a heading pursuant to Rule 1 in order for Rule 2(b) to apply. Such a reading is inconsistent with the text of Rule 2(b). It is precisely because certain goods consisting of more than one material or substance cannot be classified under a heading using Rule 1 alone that Rule 2(b) applies. The function of Rule 2(b) is to extend headings referring to a material under Rule 1 to include goods that are composed only partly of the material.

Second, the Tribunal failed to apply Rules 1 and 2(b) consistently to headings No. 39.26 and No. 62.16. The Tribunal had to apply Rule 2(b) in order for heading No. 62.16 to apply to the gloves since the gloves included plastic that constituted more than mere trimming. Therefore, Rule 1 alone was not sufficient to classify the gloves in heading No. 62.16 nor in any heading, and the Tribunal had to resort to Rule 2(b). In this context, the Tribunal's refusal to apply Rules 1 and 2(b) consistently to both headings No. 39.26 and No. 62.16 is internally contradictory and therefore unreasonable.

Third, the Tribunal's interpretation of the Explanatory Note to heading No. 39.26 is unreasonable. While the Explanatory Note contains non-exhaustive language, the Tribunal concluded that heading No. 39.26 only includes articles of plastics that are made by "sewing or sealing sheets of plastics". Such a restrictive interpretation was contrary to both an ordinary and contextual reading of the Explanatory Note.

#### Cases Cited

By Brown J.

**Referred to:** *Miller v. Jackson*, [1977] 1 Q.B. 966; *Sher-Wood Hockey Inc. v. Canada (Border Services*

*et de codification des marchandises*. Compte tenu de l'intention des parties à la *Convention* à l'égard de la création d'un régime uniforme de classement, le nombre d'interprétations raisonnables est par conséquent limité.

Premièrement, le Tribunal a exigé à tort comme prérequis que les marchandises satisfassent d'abord à la description de la position, conformément à la Règle 1, pour que la Règle 2b) s'applique. La distinction entre une application conjonctive ou hiérarchique des Règles générales et une application dite « en cascade » importe peu en l'espèce. Une marchandise ne doit pas, pour que la Règle 2b) s'applique, satisfaire d'abord aux termes de la position pour le classement en fonction de la Règle 1. Une telle lecture est incompatible avec le libellé de la Règle 2b). C'est précisément parce que certaines marchandises faites d'un mélange de matières ou de substances ne peuvent être classées dans une position en fonction de la Règle 1 seule que la Règle 2b) s'applique. La Règle 2b) a pour fonction d'élargir la portée des positions qui mentionnent une matière de sorte qu'elles puissent servir au classement, en fonction de la Règle 1, de marchandises constituées partiellement de cette matière.

Deuxièmement, le Tribunal n'a pas appliqué les Règles 1 et 2b) de manière uniforme aux positions n° 39.26 et 62.16. Le Tribunal devait appliquer la Règle 2b) pour que les gants puissent être classés dans la position n° 62.16 puisque ceux-ci comportent du rembourrage en plastique qui excède le rôle de simples garnitures. Par conséquent, la Règle 1 ne pouvait être appliquée seule pour le classement des gants dans la position n° 62.16 ni dans aucune autre position, et le Tribunal a dû recourir à la Règle 2b). Dans ce contexte, le refus du Tribunal d'appliquer les Règles 1 et 2b) de manière uniforme aux positions n° 39.26 et 62.16 est intrinsèquement contradictoire et donc déraisonnable.

Troisièmement, l'interprétation par le Tribunal de la Note explicative accompagnant la position n° 39.26 est déraisonnable. Même si la Note explicative est rédigée en termes non exhaustifs, le Tribunal a conclu que la position n° 39.26 ne vise que les articles confectionnés par « couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles ». Une telle interprétation restrictive est contraire tant à une interprétation selon le contexte qu'à une interprétation selon le sens ordinaire des mots de la Note explicative.

#### Jurisprudence

Citée par le juge Brown

**Arrêts mentionnés :** *Miller c. Jackson*, [1977] 1 Q.B. 966; *Sher-Wood Hockey Inc. c. President of the Canada*

*Agency, President*) (2011), 15 T.T.R. (2d) 336; *Minister of National Revenue v. Yves Ponroy Canada* (2000), 259 N.R. 38; *Cycles Lambert Inc. v. Canada (Border Services Agency)*, 2015 FCA 45, 469 N.R. 313; *Canada (Border Services Agency) v. SAF-HOLLAND Canada Ltd.*, 2014 FCA 3, 456 N.R. 174; *Star Choice Television Network Inc. v. Canada (Customs and Revenue Agency)*, 2004 FCA 153; *Minister of National Revenue (Customs and Excise) v. Schrader Automotive Inc.* (1999), 240 N.R. 381; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Canada Post Corp. v. Public Service Alliance of Canada*, 2010 FCA 56, [2011] 2 F.C.R. 221, rev'd 2011 SCC 57, [2011] 3 S.C.R. 572; *Helly Hansen Leisure Canada Inc. v. Canada Border Services Agency*, 2009 FCA 345, 397 N.R. 323; *Canada Customs and Revenue Agency v. Agri Pack*, 2005 FCA 414, 345 N.R. 1; *Funtastic Ltd. v. Chief Executive Officer of Customs*, [2008] AATA 528; *Canada Border Services Agency v. Outils Gladu Inc.*, 2009 FCA 215, 393 N.R. 58; *Rona Corporation Inc. v. Canada (Border Services Agency)* (2008), 12 T.T.R. (2d) 295; *Primaplas Pty. Ltd. v. Chief Executive Officer of Customs*, [2016] FCAFC 40; *National Bank of Greece (Canada) v. Katsikouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029.

By Côté J. (dissenting)

*Minister of National Revenue (Customs and Excise) v. Schrader Automotive Inc.* (1999), 240 N.R. 381; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Sher-Wood Hockey Inc. v. Canada (Border Services Agency, President)* (2011), 15 T.T.R. (2d) 336; *National Bank of Greece (Canada) v. Katsikouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029.

#### Statutes and Regulations Cited

*Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), ss. 59(1)(a), 60(1).  
*Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36, ss. 10(1), 11, Schedule, General Rules for the Interpretation of the Harmonized System; tariff items 0302.13.40, 3926.20.92, 6216.00.00, 9506.99.90.

*Border Services Agency*, 2011 CarswellNat 7160 (WL Can.); *Canada (Ministre du Revenu national) c. Yves Ponroy Canada*, 2000 CanLII 15801; *Cycles Lambert Inc. c. Canada Border Services Agency*, 2015 CAF 45; *Canada (Agence des services frontaliers) c. SAF-HOLLAND Canada Ltd.*, 2014 CAF 3; *Réseau de télévision Star Choice Inc. c. Canada (Agence des douanes et du revenu)*, 2004 CAF 153; *Canada (Ministre du Revenu national) c. Schrader Automotive Inc.*, 1999 CanLII 7719; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Société canadienne des postes c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, 2010 CAF 56, [2011] 2 R.C.F. 221, inf. par 2011 CSC 57, [2011] 3 R.C.S. 572; *Helly Hansen Leisure Canada Inc. c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2009 CAF 345; *Canada (Agence des douanes et du revenu) c. Agri Pack*, 2005 CAF 414; *Funtastic Ltd. c. Chief Executive Officer of Customs*, [2008] AATA 528; *Outils Gladu Inc. c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2009 CAF 215; *Rona Corporation Inc. c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2008 CanLII 13335; *Primaplas Pty. Ltd. c. Chief Executive Officer of Customs*, [2016] FCAFC 40; *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029.

Citée par la juge Côté (dissidente)

*Canada (Ministre du Revenu national) c. Schrader Automotive Inc.*, 1999 CanLII 7719; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Sher-Wood Hockey Inc. c. President of the Canada Border Services Agency*, 2011 CarswellNat 7160 (WL Can.); *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029.

#### Lois et règlements cités

*Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, c. 1 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 59(1)a), 60(1).  
*Tarif des douanes*, L.C. 1997, c. 36, art. 10(1), 11, annexe, Règles générales pour l'interprétation du Système harmonisé; n<sup>o</sup> tarifaires 0302.13.40, 3926.20.92, 6216.00.00, 9506.99.90.

### Treaties and Other International Instruments

*International Convention on the Harmonized Commodity Description and Coding System*, Can. T.S. 1988 No. 38.  
*Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37, art. 31.

### Authors Cited

Dryden, Ken. *The Game*. Toronto: Macmillan of Canada, 1983.  
*Phipson on Evidence*, 15th ed. by Howard M. N. et al. London: Sweet & Maxwell, 2000.  
Prabhu, Mohan. *Canada's Laws on Import and Export: An Overview*. Toronto: Irwin Law, 2014.  
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.  
World Customs Organization. *Explanatory Notes to the Harmonized Commodity Description and Coding System*, 5th ed. Brussels: Customs Co-operation Council, 2012.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Pelletier, Near and Scott JJ.A.), 2014 FCA 266, [2014] F.C.J. No. 1134 (QL), 2014 CarswellNat 4603 (WL Can.), setting aside a decision of the Canadian International Trade Tribunal, 2013 CanLII 4408, [2013] C.I.T.T. No. 4 (QL), 2013 CarswellNat 6770 (WL Can.). Appeal allowed, Côté J. dissenting.

*Jan E. Brongers and Michael Taylor*, for the appellant.

*Michael Kaylor and Jennifer Klinck*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ. was delivered by

BROWN J. —

#### I. Introduction

[1] In wintertime ice hockey is the delight of everyone.<sup>1</sup> Across the country, countless players of

<sup>1</sup> "In summertime village cricket is the delight of everyone" (*Miller v. Jackson*, [1977] 1 Q.B. 966 (C.A.), at p. 976, per Lord Denning M.R.).

### Traité et autres instruments internationaux

*Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 31.  
*Convention internationale sur le Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises*, R.T. Can. 1988 n° 38.

### Doctrine et autres documents cités

Dryden, Ken. *The Game*, Toronto, Macmillan of Canada, 1983.  
Organisation mondiale des douanes. *Notes explicatives du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises*, 5<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Conseil de coopération douanière, 2012.  
*Phipson on Evidence*, 15th ed. by Howard M. N. et al., London, Sweet & Maxwell, 2000.  
Prabhu, Mohan. *Canada's Laws on Import and Export: An Overview*, Toronto, Irwin Law, 2014.  
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Pelletier, Near et Scott), 2014 CAF 266, [2014] A.C.F. n° 1134 (QL), 2014 CarswellNat 6196 (WL Can.), qui a annulé une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur, 2013 CanLII 4408, [2013] T.C.C.E. n° 4 (QL), 2013 CarswellNat 6771 (WL Can.). Pourvoi accueilli, la juge Côté est dissidente.

*Jan E. Brongers et Michael Taylor*, pour l'appellant.

*Michael Kaylor et Jennifer Klinck*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown rendu par

LE JUGE BROWN —

#### I. Introduction

[1] L'hiver, le hockey fait la joie des petits et des grands<sup>1</sup>. Chaque jour, d'un bout à l'autre du pays,

<sup>1</sup> [TRADUCTION] « En été, les parties de cricket au village font la joie des petits et des grands » (*Miller c. Jackson*, [1977] 1 Q.B. 966 (C.A.), p. 976, le lord Denning, maître des rôles).

all ages take to ice rinks and frozen ponds daily to shoot pucks at the net. Often the puck is stopped or turned aside by a goaltender blocking it with a blocker or catching it with a catcher. This is notoriously difficult business.<sup>2</sup> The goaltender's attention must remain fixed on the play, and not on off-ice matters. His or her focus must not drift to thoughts of the crowd, missed shots or taunts from opponents. And, certainly, the goaltender should strain to avoid being distracted by the question before the Court in this appeal — being whether, for customs tariff classification purposes, he or she blocks and catches the puck with a “glove, mitten or mitt”, or with an “article of plastics”.

[2] Having considered this question, the Canadian International Trade Tribunal (“CITT”) concluded that certain blockers and catchers imported by the respondent Igloo Vikski Inc. were each classifiable as a “glove, mitten or mitt”. The Federal Court of Appeal, however, held that those blockers and catchers are also classifiable, *prima facie*, as “articles of plastics”. It referred the matter back to the CITT so that it could apply what the Court of Appeal considered the appropriate analysis for resolving duplicative *prima facie* classifications. For the reasons that follow, I am of the respectful view that, in so doing, the Federal Court of Appeal erred. I would therefore allow the appeal and restore the decision of the CITT.

## II. Overview of Facts and Proceedings

### A. *Background*

#### (1) Canada’s System of Tariff Classification

[3] This appeal presents the Court’s first opportunity to consider the *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36, which implements Canada’s obligations as a party to the *International Convention on the Harmonized Commodity Description and Coding*

d’innombrables joueurs de tous âges profitent des patinoires et étangs gelés pour s’exercer à lancer la rondelle dans le filet. Souvent, le disque est arrêté ou dévié de sa trajectoire par un gardien à l'aide d'un gant bloqueur ou d'un gant attrape-rondelle. Comme on le sait, ce n'est pas une mince affaire<sup>2</sup>. Le gardien doit se concentrer sur le jeu, et non sur ce qui se passe de l'autre côté de la bande. Il ne doit penser ni à la foule, ni aux tirs ratés, ni aux provocations des joueurs de l'équipe adverse. Et, certainement, il ne devrait pas se laisser distraire par la question dont la Cour est saisie en l'espèce, à savoir si, aux fins du classement visant à déterminer le tarif des douanes applicable, il utilise des « gants, des mitaines ou des moufles » ou des « matières plastiques » pour arrêter les tirs.

[2] Le Tribunal canadien du commerce extérieur (« TCCE ») est arrivé à la conclusion que certains gants bloqueurs et gants attrape-rondelles importés par Igloo Vikski Inc., intimée en l'espèce, devaient être classés comme des « gants, mitaines ou moufles ». Cependant, la Cour d'appel fédérale a conclu que ces articles paraissaient également devoir être classés comme des « matières plastiques ». Elle a renvoyé l'affaire au TCCE pour qu'il applique ce qui, selon elle, constituait la bonne analyse pour trancher les cas de marchandises qui paraissent devoir être classées dans plus d'une position. Pour les motifs qui suivent, j'estime que la Cour d'appel fédérale a fait erreur. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir l'appel et de rétablir la décision du TCCE.

## II. Résumé des faits et de l’instance

### A. *Contexte*

#### (1) Système canadien de classement pour l’application du tarif douanier

[3] Le présent pourvoi donne pour la première fois l’occasion à la Cour d’examiner le *Tarif des douanes*, L.C. 1997, c. 36, qui met en œuvre les obligations du Canada comme partie à la *Convention internationale sur le Système harmonisé de désignation et*

<sup>2</sup> Ken Dryden, *The Game* (1983).

<sup>2</sup> Ken Dryden, *The Game* (1983).

*System*, Can. T.S. 1988 No. 38. The *Convention* governs the Harmonized Commodity Description and Coding System (the “Harmonized System”) by which approximately 5,000 commodity groups of imported goods are classified.

[4] The Harmonized System was developed by the World Customs Organization, an intergovernmental body of which Canada is a member. To foster stability and predictability in classification practices internationally, it is used as a standard tariff classification system by all parties to the *Convention*, including Canada: see *Customs Tariff*, s. 10(1) and the Schedule thereto. At the same time, it permits states parties to set their own rates of duty on those goods in conformance to their individual international trade obligations: M. Prabhu, *Canada’s Laws on Import and Export: An Overview* (2014), at p. 79.

[5] The Harmonized System uses an eight-digit classification system for tariff classifications, which is incorporated into the Schedule to the *Customs Tariff*. That system proceeds, within sections of the Schedule, from general to specific classifications via chapters, headings, subheadings and tariff items. For example, within Section I (“Live Animals; Animal Products”) is found the eight-digit tariff item No. 0302.13.40, applicable to fresh or chilled sockeye salmon. The first two digits of that tariff item (03) denote the item as falling within Chapter 3 (“Fish and Crustaceans, Molluscs and Other Aquatic Invertebrates”); the first four digits (03.02) denote the heading (“Fish, fresh or chilled, excluding fish fillets . . .”); the first six digits (0302.13) denote the subheading (“Pacific Salmon”); and the full eight-digit tariff item denotes the specific good (“Sockeye”).

[6] The Schedule to the *Customs Tariff* also contains “General Rules for the Interpretation of the Harmonized System”. Section 10(1) of the *Customs Tariff* directs that “the classification of imported goods under a tariff item shall, unless otherwise

*de codification des marchandises*, R.T. Can. 1988 n° 38. La *Convention* régit le Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises (le « Système harmonisé ») qui préside au classement d’environ 5000 groupes de marchandises importées.

[4] Conçu par l’Organisation mondiale des douanes, un organisme intergouvernemental auquel le Canada a adhéré, le Système harmonisé favorise la stabilité et la prévisibilité en matière de classement à l’échelle internationale. Il fait office de norme pour le classement des marchandises dans les dispositions tarifaires pour toutes les parties à la *Convention*, dont le Canada (voir le *Tarif des douanes*, par. 10(1) et annexe), mais permet aux États parties d’établir leurs propres taux de droits de douane applicables à ces marchandises selon leurs propres obligations commerciales internationales (M. Prabhu, *Canada’s Laws on Import and Export : An Overview* (2014), p. 79).

[5] Le Système harmonisé est un système à huit chiffres qui régit le classement des marchandises en vue de l’application du tarif douanier. Il figure en annexe au *Tarif des douanes*. Il procède, au sein des diverses sections de l’annexe, du général au spécifique, soit des chapitres aux positions, sous-positions et numéros tarifaires. Par exemple, dans la section I (« Animaux vivants et produits du règne animal »), se trouve le numéro tarifaire 0302.13.40 qui s’applique au saumon rouge frais ou réfrigéré. Les deux premiers chiffres du numéro tarifaire (03) indiquent que l’article relève du chapitre 3 (« Poissons et crustacés, mollusques et autres invertébrés aquatiques »); les quatre premiers (03.02) correspondent à la position « Poissons frais ou réfrigérés, à l’exception des filets de poissons et autre chair de poissons . . . »; les six premiers chiffres (0302.13) correspondent à la sous-position « Saumons du Pacifique »; le numéro tarifaire à huit chiffres correspond à la marchandise spécifique (« Rouge »).

[6] L’annexe au *Tarif des douanes* présente également les « Règles générales pour l’interprétation du Système harmonisé ». Aux termes du par. 10(1) du *Tarif des douanes*, « le classement des marchandises importées dans un numéro tarifaire est effectué, sauf

provided, be determined in accordance with the General Rules".

[7] The General Rules are comprised of six rules governing the classification of goods under the Harmonized System. According to the jurisprudence of the Federal Court of Appeal and the CITT, these rules are to be applied in a "cascading" fashion. As I explain below, however, the term "cascading" does not quite describe their application. While it is the case that the General Rules are to be applied in a set order, it is more helpful to understand that order as a function of a hierarchy rather than a cascade: Prabhu, at p. 82.

[8] In addition to the Harmonized System and the General Rules, the *Explanatory Notes to the Harmonized Commodity Description and Coding System* (5th ed. 2012) published and amended from time to time by the World Customs Organization also inform the classification of imported goods. Specifically, s. 11 of the *Customs Tariff* provides that, in interpreting the headings and subheadings employed by the Harmonized System, "regard shall be had" to the *Explanatory Notes*. While, therefore, the *Explanatory Notes* (unlike the Harmonized System and the General Rules themselves) are not binding, they must be at least considered in determining the classifications of goods imported into Canada.

## (2) Facts of This Appeal

[9] Between November 2003 and December 2005, Igloo Vikski imported six models of ice hockey goaltender gloves, comprising three models of "blockers" (designed to be worn on the same hand used by the goaltender to hold his or her hockey stick) and three models of "catchers" (designed to be worn on the goaltender's other hand). Externally, the gloves are composed of various types of textiles and plastics, bound together by stitching. While the inner padding of the blockers consists mainly of plastic, the inner padding of the catchers is composed of both plastic and textiles.

[10] The Canada Border Services Agency ("CBSA") classified the gloves under tariff item No. 6216.00.00 as "[g]loves, mittens [or] mitts".

indication contraire, en conformité avec les Règles générales ».

[7] Les Règles générales, au nombre de six, régissent le classement des marchandises en fonction du Système harmonisé. Selon la jurisprudence de la Cour d'appel fédérale et du TCCE, ces règles s'appliquent « en cascade ». Comme je l'expliquerai, le terme « en cascade » ne décrit cependant pas tout à fait le processus. Certes, les Règles générales s'appliquent dans un ordre prédéterminé, mais cet ordre relève plus de la hiérarchie que de la cascade (Prabhu, p. 82).

[8] Outre le Système harmonisé et les Règles générales, les *Notes explicatives du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises* (5<sup>e</sup> éd. 2012) et leurs modifications, publiées par l'Organisation mondiale des douanes, éclairent le classement des marchandises importées. Ainsi, l'art. 11 du *Tarif des douanes* dispose que, pour l'interprétation des positions et sous-positions du Système harmonisé, « il est tenu compte » des *Notes explicatives*. Si les *Notes explicatives* — contrairement au Système harmonisé et aux Règles générales — ne sont pas impératives, il faut à tout le moins les prendre en considération dans le classement des marchandises importées au Canada.

## (2) Faits

[9] Entre novembre 2003 et décembre 2005, Igloo Vikski a importé six modèles de gants de gardien de but pour le hockey sur glace, à savoir trois modèles de « gants bloqueurs » (conçus pour être portés par le gardien dans la main qui tient le bâton) et trois modèles de « gants attrape-rondelles » (conçus pour être portés dans l'autre main). Les composants extérieurs des gants sont confectionnés de diverses matières textiles et plastiques cousues ensemble. Si le rembourrage des gants bloqueurs est surtout composé de plastique, celui des gants attrape-rondelles est fait des deux matières.

[10] L'Agence des services frontaliers du Canada (l'*« ASFC »*) a classé les gants dans le numéro tarifaire 6216.00.00, qui correspond à « [g]ants,

Igloo Vikski applied for a refund of a portion of the duties paid on these gloves, arguing they should have been classified under tariff item 9506.99.90, which applies to various types of sporting equipment. In response, the CBSA issued re-determinations under s. 59(1)(a) of the *Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), stating that the gloves could not be classified as proposed by Igloo Vikski. It further affirmed that four models of the gloves were properly classified under tariff item 6216.00.00, while the two other models should be classified under tariff item 3926.20.92 as mittens or non-disposable gloves.

[11] Igloo Vikski then requested a further re-determination pursuant to s. 60(1) of the *Customs Act*, arguing that all of the gloves should be classified under tariff item 3926.20.92, the heading of which (39.26) refers to “[o]ther articles of plastics and articles of other materials of headings 39.01 to 39.14”. The CBSA rejected this request for reclassification, determining this time that five of the gloves were properly classified under tariff item 6216.00.00, while the remaining model was classified under tariff item 3926.20.92. Igloo Vikski appealed the CBSA’s classification decisions to the CITT.

#### B. *Decision of the CITT*

[12] The CITT dismissed Igloo Vikski’s appeal: 2013 CanLII 4408. Relying upon the Explanatory Note to heading 39.26, it interpreted heading 39.26 as capturing only articles of apparel or clothing accessories made by sewing or sealing sheets of plastic together. The same tribunal member had adopted this interpretation in another case involving the customs classification of hockey gloves, and followed that reasoning in this case: see *Sher-Wood Hockey Inc. v. Canada (Border Services Agency, President)* (2011), 15 T.T.R. (2d) 336. Since the gloves at issue were not made by sewing or sealing sheets of plastic together, the CITT concluded they were not classifiable under heading 39.26.

mitaines et moufles ». Igloo Vikski a demandé le remboursement d’une portion des droits payés pour l’importation de ces gants au motif qu’ils auraient dû être classés dans le numéro tarifaire 9506.99.90, qui concerne divers articles de sport. L’ASFC a par la suite procédé à une révision en vertu de l’al. 59(1)a) de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, c. 1 (2<sup>e</sup> suppl.), et a conclu que les gants ne pouvaient être classés dans le numéro proposé par Igloo Vikski. Elle a également confirmé le classement de quatre modèles de gants dans le numéro tarifaire 6216.00.00 et conclu que les deux autres devaient être classés dans le numéro tarifaire 3926.20.92, à savoir comme moufles (mitaines) ou gants non jetables.

[11] Igloo Vikski a alors demandé le réexamen de la décision, en vertu du par. 60(1) de la *Loi sur les douanes*, au motif cette fois-ci que tous les gants devaient être classés dans le numéro tarifaire 3926.20.92. La position 39.26 correspond à « [a]utres ouvrages en matières plastiques et ouvrages en autres matières des n°s 39.01 à 39.14 ». L’ASFC a rejeté la demande de réexamen du classement et a confirmé, cette fois, le classement de cinq des gants dans le numéro tarifaire 6216.00.00 et conclu au classement du dernier modèle dans le numéro tarifaire 3926.20.92. Igloo Vikski a interjeté appel auprès du TCCE des décisions de l’ASFC relatives au classement.

#### B. *Décision du TCCE*

[12] Le TCCE a rejeté l’appel interjeté par Igloo Vikski (2013 CanLII 4408). Sur le fondement de la Note explicative accompagnant la position 39.26, il a conclu que cette dernière ne s’applique qu’aux vêtements et accessoires du vêtement confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles. La membre de ce tribunal avait déjà adopté cette interprétation dans une autre affaire portant sur le classement de gants de hockey aux fins de détermination du tarif et a repris le même raisonnement en l’espèce (voir *Sher-Wood Hockey Inc. c. President of the Canada Border Service Agency*, 2011 CarswellNat 7160 (WL Can.)). Les gants en question n’étant pas confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles, le TCCE a conclu qu’ils ne pouvaient être classés dans la position 39.26.

[13] The CITT then considered whether the gloves were classifiable under heading 62.16. While it found that they conformed to the type of goods (“[g]loves, mittens [or] mitts”) described in that heading, it recognized that the Explanatory Note to heading 62.16 directed it to apply the General Rules if the articles contained non-textile material that constituted “more than mere trimming”. Since the hockey gloves contained plastic padding that was more than mere trimming, the CITT applied Rule 2(b) of the General Rules (which, as I will explain, applies where a good consists of a mixture of more than one substance), which led the CITT to “extend the scope” of the heading in order to classify the goods as “[g]loves, mittens [or] mitts” (paras. 74-75 and 77). It therefore affirmed the CBSA’s classification and dismissed the appeal.

### C. *Federal Court of Appeal*

[14] The Federal Court of Appeal (Scott J.A.; Pelletier and Near JJ.A. concurring) allowed Igloo Vikski’s appeal: 2014 FCA 266. Applying the standard of review of reasonableness, it found the CITT’s decision to be unreasonable because it misapplied the General Rules and contained logical contradictions.

[15] More particularly, the Court of Appeal found that the CITT had erred by stating that the goods must meet the description of a heading by applying Rule 1 before Rule 2(b) can be used to extend that heading to cover goods made of mixed substances. It said that this contradicted the “cascading” nature of the General Rules: para. 11 (CanLII). In the Court of Appeal’s view, because the gloves were made of mixed substances, once the CITT concluded that the goods did not meet the description of the heading in 39.26, it should have applied Rule 2(b) of the General Rules to extend that heading to cover the hockey gloves. Then, because the goods were *prima facie* classifiable under both headings 39.26 and 62.16, Rule 3 (which, as discussed below, is employed to resolve the classification of goods which are *prima facie* classifiable under two or more headings) should have been

[13] Le TCCE s’est ensuite demandé si les gants pouvaient être classés dans la position 62.16. Il a conclu que même si les gants correspondaient aux termes de la position (« [g]ants, mitaines et moufles »), suivant la Note explicative accompagnant la position 62.16, il faut appliquer les Règles générales si les vêtements comportent des matériaux non textiles qui « excèdent le rôle de simples garnitures ». Puisque les gants de hockey comportent du rembourrage en plastique qui excède le rôle de simples garnitures, le TCCE a appliqué la Règle 2b) des Règles générales (qui, comme je l’expliquerai, s’applique lorsqu’un ouvrage est constitué de plus d’une matière), ce qui a mené le TCCE à « étendre la portée » de la position « [g]ants, mitaines [ou] moufles » de manière à y inclure les articles (par. 74-75 et 77). Il a ainsi confirmé le classement effectué par l’ASFC et rejeté l’appel.

### C. *Cour d’appel fédérale*

[14] La Cour d’appel fédérale (le juge Scott avec l’appui des juges Pelletier et Near) a accueilli l’appel interjeté par Igloo Vikski (2014 CAF 266). Ayant appliqué la norme de la décision raisonnable, elle a conclu au caractère déraisonnable de la décision du TCCE parce qu’il avait mal appliqué les Règles générales et que ses motifs comportaient des contradictions sur le plan de la logique.

[15] Tout particulièrement, selon la Cour d’appel, le TCCE s’était trompé en affirmant que les articles devaient correspondre aux termes d’une position en application de la Règle 1 avant que n’intervienne la Règle 2b) pour étendre la portée de cette position de manière à y inclure les matières mélangées. Elle a conclu qu’une telle démarche allait à l’encontre de la structure « en cascade » des Règles générales (par. 11 (CanLII)). À son avis, comme les gants étaient faits de matières mélangées, le TCCE, après avoir déterminé que les marchandises ne correspondaient pas aux termes de la position 39.26, aurait dû appliquer la Règle 2b) des Règles générales pour étendre la portée de la position de manière à y inclure les gants de hockey. Ensuite, comme les marchandises paraissaient devoir être classées dans deux positions, soit 39.26 et 62.16, il aurait fallu appliquer la Règle 3 (qui, comme nous

employed to determine the proper classification of the gloves. The Court of Appeal therefore remitted the matter back to the CITT so that it could undertake that Rule 3 analysis.

### III. Analysis

#### A. *Standard of Review*

[16] The Federal Court of Appeal has uniformly held, and neither party disputes, that the standard of review applicable to a tariff classification decision of the CITT is reasonableness: see, e.g., *Minister of National Revenue v. Yves Ponroy Canada* (2000), 259 N.R. 38 (F.C.A.), at para. 4; *Cycles Lambert Inc. v. Canada (Border Services Agency)*, 2015 FCA 45, 469 N.R. 313, at paras. 18-19; *Canada (Border Services Agency) v. SAF-HOLLAND Canada Ltd.*, 2014 FCA 3, 456 N.R. 174, at para. 5.

[17] I agree that reasonableness is the applicable standard of review here. As the Federal Court of Appeal has noted, the CITT has specific expertise in interpreting “the very complex customs tariff and the international and national rules for its interpretation”: *Star Choice Television Network Inc. v. Canada (Customs and Revenue Agency)*, 2004 FCA 153, at para. 7 (CanLII). The questions of law at issue in this appeal are of “a very technical nature” which the CITT will often be better equipped than a reviewing court to answer: *Minister of National Revenue (Customs and Excise) v. Schrader Automotive Inc.* (1999), 240 N.R. 381 (F.C.A.), at para. 5.

[18] Reasonableness review is concerned with the reasonableness of the substantive outcome of the decision, and with the process of articulating that outcome. The reasoning must exhibit “justification, transparency and intelligibility within the decision-making process”: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 47. The substantive outcome and the reasons, considered together, must serve the purpose of showing whether the result falls within a range of possible outcomes: *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury*

le verrons, entre en jeu dans ce type de cas) pour déterminer le classement des gants. La Cour d’appel a renvoyé l’affaire au TCCE pour qu’il reprenne l’analyse et applique cette fois la Règle 3.

### III. Analyse

#### A. *Norme de contrôle*

[16] La Cour d’appel fédérale a conclu à l’unanimité que la norme de contrôle applicable à une décision du TCCE en matière de classement visant à déterminer le tarif applicable est celle de la décision raisonnable, et les parties ne le contestent pas (voir p. ex. *Canada (Ministre du Revenu national) c. Yves Ponroy Canada*, 2000 CanLII 15801 (C.A.F.), par. 4; *Cycles Lambert Inc. v. Canada (Border Services Agency)*, 2015 CAF 45, par. 18-19 (CanLII); *Canada (Agence des services frontaliers) c. SAF-HOLLAND Canada Ltd.*, 2014 CAF 3, par. 5 (CanLII)).

[17] Je conviens que la norme applicable en l’espèce est celle de la décision raisonnable. Comme le souligne la Cour d’appel fédérale, le TCCE jouit d’une expertise spécialisée dans « l’interprétation du tarif douanier, lequel est fort complexe, ainsi que les principes internationaux et nationaux qui en régissent l’interprétation » (*Réseau de télévision Star Choice Inc. c. Canada (Agence des douanes et du revenu)*, 2004 CAF 153, par. 7 (CanLII)). Les questions de droit que soulève l’instance sont « très technique[s] ». Le TCCE est souvent mieux outillé qu’une cour de révision pour les trancher (*Canada (Ministre du Revenu national) c. Schrader Automotive Inc.*, 1999 CanLII 7719 (C.A.F.), par. 5).

[18] Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable s’intéresse au caractère raisonnable du résultat concret de la décision ainsi qu’au raisonnement qui l’a produit. Le raisonnement doit démontrer « la justification de la décision, [...] la transparence et [...] l’intelligibilité du processus décisionnel » (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 47). Le résultat concret et les motifs, examinés ensemble, doivent servir à démontrer que le résultat appartient aux issues possibles (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Nerre-et-Labrador (Conseil du Trésor)*,

*Board*), 2011 CSC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at para. 14. While the adequacy of a tribunal's reasons is not on its own a discrete basis for judicial review, the reasons should "adequately explain the bases of [the] decision": *Newfoundland Nurses*, at para. 18, quoting from *Canada Post Corp. v. Public Service Alliance of Canada*, 2010 FCA 56, [2011] 2 F.C.R. 221, at para. 163 (per Evans J.A., dissenting), rev'd 2011 SCC 57, [2011] 3 S.C.R. 572.

#### B. *The Structure of the General Rules*

[19] This appeal ultimately turns on the application of the General Rules when determining the classification of goods under the Harmonized System. The General Rules operate as follows.

[20] The classification exercise begins with Rule 1, which directs that the classification of goods must initially be determined with reference only to the headings within a chapter, as well as any applicable Section or Chapter Notes.<sup>3</sup>

[21] Classification may be determinable on an application of Rule 1 alone. For example, if one wished to import a live cow into Canada, the cow would be classified under heading 01.02 ("Live bovine animals") based solely on Rule 1. There would be no need to consider the other Rules when determining the appropriate classification of the cow. It is, therefore, only where Rule 1 does not conclusively determine the classification of the good that the other General Rules become relevant to the classification process: see, e.g., *Helly Hansen Leisure Canada Inc. v. Canada Border Services Agency*, 2009 FCA 345, 397 N.R. 323, at para. 17; *Canada Customs and Revenue Agency v. Agri Pack*, 2005 FCA 414, 345 N.R. 1, at para. 41; *Funtastic Ltd. v. Chief Executive Officer of Customs*, [2008] AATA 528, at para. 48 (AustLII).

<sup>3</sup> Rule 1 states:

The titles of Sections, Chapters and sub-Chapters are provided for ease of reference only; for legal purposes, classification shall be determined according to the terms of the headings and any relative Section or Chapter Notes and, provided such headings or Notes do not otherwise require, according to the following provisions.

2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 14). Si l'insuffisance des motifs d'un tribunal administratif ne justifie pas à elle seule le contrôle judiciaire, il faut néanmoins que les motifs « expliquent de façon adéquate le fondement de sa décision » (*Newfoundland Nurses*, par. 18, citant *Société canadienne des postes c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, 2010 CAF 56, [2011] 2 R.C.F. 221, par. 163 (le juge Evans, dissident), inf. par 2011 CSC 57, [2011] 3 R.C.S. 572).

#### B. *Économie des Règles générales*

[19] En fin de compte, le présent pourvoi porte sur l'application des Règles générales lorsqu'il s'agit de déterminer le classement de marchandises selon le Système harmonisé. Suit une description de la procédure relative aux Règles générales.

[20] L'exercice commence par la Règle 1, suivant laquelle le classement des marchandises se fait initialement selon les termes des positions d'un chapitre, ainsi que toute Note de Section ou de Chapitre applicable<sup>3</sup>.

[21] Il est possible de déterminer le classement d'une marchandise par la seule application de la Règle 1. Par exemple, aux fins d'importation au Canada, une vache vivante serait classée dans la position 01.02 (« Animaux vivants de l'espèce bovine ») sur le fondement exclusif de la Règle 1. Nul besoin d'appliquer les autres Règles pour déterminer le classement de la vache. C'est donc seulement lorsque la Règle 1 ne permet pas d'arrêter de manière concluante le classement d'une marchandise qu'il faudra recourir aux autres Règles générales (voir p. ex. *Helly Hansen Leisure Canada Inc. c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2009 CAF 345, par. 17 (CanLII); *Canada (Agence des douanes et du revenu) c. Agri Pack*, 2005 CAF 414, par. 41 (CanLII); *Funtastic Ltd. c. Chief Executive Officer of Customs*, [2008] AATA 528, par. 48 (AustLII)).

<sup>3</sup> La Règle 1 est ainsi libellée :

Le libellé des titres de Sections, de Chapitres ou de Sous-Chapitres est considéré comme n'ayant qu'une valeur indicative, le classement étant déterminé légalement d'après les termes des positions et des Notes de Sections ou de Chapitres et, lorsqu'elles ne sont pas contraires aux termes desdites positions et Notes, d'après les Règles suivantes.

[22] In some cases, applying Rule 1 alone does not settle the classification of a good. Where the goods are unfinished or where they are comprised of a mix of materials or substances (and where no heading specifically describes the unfinished or composite good as such),<sup>4</sup> Rule 2 is applied in conjunction with Rule 1 to determine the *prima facie* classification of such goods.

[23] Rule 2 is a deeming provision. Rule 2(a) deems unfinished goods to be finished goods, and directs that they be classified using Rule 1 as if they were goods in a complete or finished state.<sup>5</sup> Explanatory Notes (III) and (V) to Rule 1 elaborate upon this process:

- (III) The second part of [Rule 1] provides that classification shall be determined:
  - (a) according to the terms of the headings and any relevant Section or Chapter Notes, and
  - (b) where appropriate, **provided the headings or Notes do not otherwise require**, according to the provisions of Rules 2, 3, 4, and 5.

- ...
- (V) In provision (III) (b):
  - (a) The expression “provided such headings or Notes do not otherwise require” is intended to make it quite clear that the terms of the headings and any relative Section or Chapter Notes are paramount, i.e., they are the first consideration in determining classification.

<sup>4</sup> An example of a heading that specifically describes an unfinished good is 64.06 (“Parts of footwear”), and an example of a heading that specifically describes a composite good is 59.06 (“Rubberized textile fabrics”). Where a good falls within one of those headings, there would be no need to apply Rule 2, as the heading specifically contemplates the incomplete or composite nature of the good in question. Rule 1’s direction that the classification of goods should be determined according to the terms of the headings therefore suffices.

<sup>5</sup> Rule 2(a) states:

Any reference in a heading to an article shall be taken to include a reference to that article incomplete or unfinished, provided that, as presented, the incomplete or unfinished article has the essential character of the complete or finished article. It shall also be taken to include a reference to that article complete or finished (or failing to be classified as complete or finished by virtue of this rule), presented unassembled or disassembled.

[22] Il arrive parfois que la Règle 1 ne permette pas à elle seule de déterminer le classement d'une marchandise. Dans le cas d'un article non fini ou fait d'un mélange de matières — qui n'est pas déjà prévu expressément par les termes d'une position<sup>4</sup> — il faut appliquer la Règle 2 en tandem avec la Règle 1 pour déterminer la position dans laquelle la marchandise paraît devoir être classée.

[23] La Règle 2 crée une présomption. La Règle 2a assimile l'article non fini à l'article fini et dispose qu'il est classé en application de la Règle 1 comme s'il s'agissait d'un article complet ou fini<sup>5</sup>. Les Notes explicatives III) et V) accompagnant la Règle 1 donnent les précisions suivantes :

- III) La deuxième partie de la Règle [1] prévoit que le classement est déterminé :
  - a) d'après les libellés des positions et des Notes de Sections ou de Chapitres, et
  - b) au besoin, **lorsqu'elles ne sont pas contraires aux termes desdites positions et Notes**, d'après les dispositions des Règles 2, 3, 4 et 5.

- ...
- V) Dans la disposition III) b) :
  - a) La phrase *lorsqu'elles ne sont pas contraires aux termes desdites positions et Notes* est destinée à préciser, sans laisser d'équivoque, que les termes des positions et des Notes de Sections ou de Chapitres l'emportent, pour la détermination du classement, sur toute autre

<sup>4</sup> Par exemple, les termes de la position 64.06 prévoient un article non fini (« Parties de chaussures »), et ceux de la position 59.06, un article composite « Tissus caoutchoutés ». Si un article peut être classé dans l'une de ces deux positions, il n'est pas nécessaire d'appliquer la Règle 2, car les termes de la position tiennent expressément compte de la nature incomplète ou composite de l'article en question. La directive énoncée à la Règle 1 selon laquelle le classement d'un article est déterminé d'après les termes des positions suffit donc.

<sup>5</sup> La Règle 2a) est ainsi rédigée :

Toute référence à un article dans une position déterminée couvre cet article même incomplet ou non fini à la condition qu'il présente, en l'état, les caractéristiques essentielles de l'article complet ou fini. Elle couvre également l'article complet ou fini, ou à considérer comme tel en vertu des dispositions qui précèdent, lorsqu'il est présenté à l'état démonté ou non monté.

For example, in Chapter 31, the Notes provide that certain headings relate only to particular goods. Consequently those headings cannot be extended to include goods which otherwise might fall there by reason of the operation of Rule 2 (b).

- (b) The reference to Rule 2 in the expression "according to the provisions of Rules 2, 3, 4 and 5" means that:
  - (1) goods presented incomplete or unfinished (e.g., a bicycle without saddle and tyres), and
  - (2) goods presented unassembled or disassembled (e.g., a bicycle, unassembled or disassembled, all components being presented together) whose components could individually be classified in their own right (e.g., tyres, inner tubes) or as "parts" of those goods,

are to be classified as if they were those goods in a complete or finished state, provided the terms of Rule 2 (a) are satisfied and the headings or Notes do not otherwise require. [Emphasis in original.]

The effect of these Explanatory Notes is two-fold. They reiterate that Rule 1 requires that the headings and Section or Chapter Notes are the first consideration in determining classification. And, they explain that Rule 2(a) requires that incomplete goods are classified based on the headings and Section or Chapter Notes as if they were completed goods (assuming they are not classifiable under Rule 1 as falling within a heading that specifically describes unfinished goods).

[24] Rule 2(b) applies where a good consists of a mixture of more than one substance, and states that a reference to goods of a given material or substance in a heading shall be taken to include goods consisting

considération. Par exemple, au Chapitre 31, les Notes disposent que certaines positions ne couvrent *que* des marchandises déterminées. Il en résulte que la portée de ces positions ne peut être élargie pour couvrir les marchandises qui, autrement, en relèveraient par application de la Règle 2 b).

- b) Le renvoi à la Règle 2 dans l'expression « d'après les dispositions des Règles 2, 3, 4 et 5 » signifie que :
  - 1) les marchandises présentées à l'état incomplet ou non fini (une bicyclette sans selle et sans pneumatiques, par exemple), et
  - 2) les marchandises présentées à l'état démonté ou non monté (une bicyclette, à l'état démonté ou non monté, tous ses composants étant présentés ensemble, par exemple), dont les composants pourraient, à titre individuel, être classés à leurs positions propres (les pneumatiques, les chambres à air, par exemple) ou en tant que parties de cette marchandise,

doivent être classées comme présentées à l'état complet ou fini, pour autant que les dispositions de la Règle 2 a) soient satisfaites et qu'elles ne soient pas contraires aux termes desdites positions et Notes. [En italique et en caractère gras dans l'original.]

Les Notes explicatives ont un double effet. Elles rappellent que, suivant la Règle 1, les termes des positions et des Notes de Sections ou de Chapitres constituent la première considération dans la détermination du classement. En outre, elles précisent qu'aux termes de la Règle 2a), le classement des articles incomplets est déterminé selon les termes des positions et des Notes de Sections ou de Chapitres comme si ces articles étaient complets (si toutefois les articles ne sont pas déjà classés, par application de la Règle 1, dans une position décrivant expressément des articles non finis).

[24] La Règle 2b) s'applique lorsqu'il s'agit de déterminer le classement d'un article fait d'un mélange de matières. Elle dispose que la mention dans une position d'ouvrages en une matière déterminée

wholly or partly of such material or substance.<sup>6</sup> This Rule therefore applies in conjunction with Rule 1 to determine the heading(s) under which the composite good is *prima facie* classifiable.

[25] Explanatory Notes (XI) to (XIII) to Rule 2(b) explain the effect of this Rule:

- (XI) The effect of the Rule is to extend any heading referring to a material or substance to include mixtures or combinations of that material or substance with other materials or substances. The effect of the Rule is also to extend any heading referring to goods of a given material or substance to include goods consisting partly of that material or substance.
- (XII) It does not, however, widen the heading so as to cover goods which cannot be regarded, as required under Rule 1, as answering the description in the heading; this occurs where the addition of another material or substance deprives the goods of the character of goods of the kind mentioned in the heading.
- (XIII) As a consequence of this Rule, mixtures and combinations of materials or substances, and goods consisting of more than one material or substance, if *prima facie* classifiable under two or more headings, must therefore be classified according to the principles of Rule 3.

[26] In brief, Rule 2(b) deems the reference in a heading to a material or substance to be a reference to a combination of that material or substance with other materials or substances. This is, however, subject to the *caveat* in Explanatory Note (XII) that Rule 2(b) does not extend (“widen”) a heading so as to cover goods which cannot be regarded as

<sup>6</sup> Rule 2(b) states:

Any reference in a heading to a material or substance shall be taken to include a reference to mixtures or combinations of that material or substance with other materials or substances. Any reference to goods of a given material or substance shall be taken to include a reference to goods consisting wholly or partly of such material or substance. The classification of goods consisting of more than one material or substance shall be according to the principles of Rule 3.

se rapporte aux ouvrages constitués entièrement ou partiellement de cette matière<sup>6</sup>. On applique cette Règle en tandem avec la Règle 1 pour déterminer la position (ou les positions) dans laquelle l'article composite paraît devoir être classé.

[25] Les Notes explicatives XI) à XIII) accompagnant la Règle 2b) expliquent ainsi l'effet de cette dernière :

- XI) L'effet de la Règle est d'étendre la portée des positions qui mentionnent une matière déterminée de manière à y inclure cette matière mélangée ou bien associée à d'autres matières. Cet effet est également d'étendre la portée des positions qui mentionnent des ouvrages en une matière déterminée de manière à y inclure ces ouvrages partiellement constitués de cette matière.
- XII) Elle n'élargit cependant pas la portée des positions qu'elle concerne jusqu'à pouvoir y inclure des articles qui ne répondent pas, ainsi que l'exige la Règle 1, aux termes des libellés de ces positions, ce qui est le cas lorsque l'adjonction d'autres matières ou substances a pour effet d'enlever à l'article le caractère d'une marchandise reprise dans ces positions.
- XIII) Il s'ensuit que des matières mélangées ou associées à d'autres matières, et des ouvrages constitués par deux matières ou plus sont susceptibles de relever de deux positions ou plus, et doivent dès lors être classés conformément aux dispositions de la Règle 3.

[26] Bref, la Règle 2b) assimile la mention d'une matière dans une position à la mention de cette matière mélangée à d'autres. Toutefois, la Note explicative XII) vient préciser que la Règle 2b) n'étend (« élargit ») pas la portée d'une position jusqu'à pouvoir y inclure des articles ne répondant pas aux termes du libellé de la position. Par conséquent, le

<sup>6</sup> La Règle 2b) est ainsi libellée :

Toute mention d'une matière dans une position déterminée se rapporte à cette matière soit à l'état pur, soit mélangée ou bien associée à d'autres matières. De même, toute mention d'ouvrages en une matière déterminée se rapporte aux ouvrages constitués entièrement ou partiellement de cette matière. Le classement de ces produits mélangés ou articles composites est effectué suivant les principes énoncés dans la Règle 3.

answering the description in the heading. The mixed or composite good is therefore “described” by that heading unless the addition of the other material or substance would deprive the good of the character of goods of the kind described in the heading.

[27] Applied conjunctively, Rules 1 and 2 determine the heading(s) under which an unfinished or (as here) a composite good is *prima facie* classifiable. If, having applied Rules 1 and 2, the good is *prima facie* classifiable under only one heading, then the inquiry ends and the good is classified under that heading. If, however, the good is *prima facie* classifiable under more than one heading — either because it is described by more than one heading under Rule 1 or because it is *prima facie* classifiable under more than one heading by applying Rules 1 and 2 together — then Rule 3 applies, by operation of Rule 2(b), to resolve the classification dispute.<sup>7</sup> Rule 3(a) states that, where by application of Rule 2(b) or for any other reason, goods are *prima facie* classifiable under two or more headings, then the heading with the most

produit mélangé ou l’article composite « répond » aux termes du libellé de la position, à moins que l’adjonction d’une autre matière ou substance n’enlève à l’article le caractère d’une marchandise reprise dans la position.

[27] Appliquées en tandem, les Règles 1 et 2 permettent de déterminer la position (ou les positions) dans laquelle un article non fini ou composite — comme en l’espèce — paraît devoir être classé. Si l’application des Règles 1 et 2 aboutit à une seule position, l’article est classé dans cette position et l’analyse prend fin. Or, si une marchandise paraît devoir être classée dans plus d’une position, parce que la marchandise correspond aux termes de plus d’une position lorsqu’on applique la Règle 1 ou parce qu’elle paraît devoir être classée dans plus d’une position lorsqu’on applique les Règles 1 et 2, il faut appliquer la Règle 3, comme le prévoit la Règle 2b), pour résoudre le conflit<sup>7</sup>. Aux termes de la Règle 3a), si une marchandise paraît devoir être classée dans plus d’une position par application de la Règle 2b) ou dans tout autre cas, la

<sup>7</sup> Rule 3 states:

When by application of Rule 2 (b) or for any other reason, goods are, *prima facie*, classifiable under two or more headings, classification shall be effected as follows:

- (a) The heading which provides the most specific description shall be preferred to headings providing a more general description. However, when two or more headings each refer to part only of the materials or substances contained in mixed or composite goods or to part only of the items in a set put up for retail sale, those headings are to be regarded as equally specific in relation to those goods, even if one of them gives a more complete or precise description of the goods.
- (b) Mixtures, composite goods consisting of different materials or made up of different components, and goods put up in sets for retail sale, which cannot be classified by reference to [Rule] 3 (a), shall be classified as if they consisted of the material or component which gives them their essential character, insofar as this criterion is applicable.
- (c) When goods cannot be classified by reference to [Rule] 3 (a) or 3 (b), they shall be classified under the heading which occurs last in numerical order among those which equally merit consideration.

<sup>7</sup> La Règle 3 est ainsi libellée :

Lorsque des marchandises paraissent devoir être classées sous deux ou plusieurs positions par application de la Règle 2 b) ou dans tout autre cas, le classement s’opère comme suit :

- a) La position la plus spécifique doit avoir la priorité sur les positions d’une portée plus générale. Toutefois, lorsque deux ou plusieurs positions se rapportent chacune à une partie seulement des matières constituant un produit mélange ou un article composite ou à une partie seulement des articles dans le cas de marchandises présentées en assortiments conditionnés pour la vente au détail, ces positions sont à considérer, au regard de ce produit ou de cet article, comme également spécifiques même si l’une d’elles en donne par ailleurs une description plus précise ou plus complète.
- b) Les produits mélangés, les ouvrages composés de matières différentes ou constitués par l’assemblage d’articles différents et les marchandises présentées en assortiments conditionnés pour la vente au détail, dont le classement ne peut être effectué en application de la Règle 3 a), sont classés d’après la matière ou l’article qui leur confère leur caractère essentiel lorsqu’il est possible d’opérer cette détermination.
- c) Dans le cas où les Règles 3 a) et 3 b) ne permettent pas d’effectuer le classement, la marchandise est classée dans la position placée la dernière par ordre de numérotation parmi celles susceptibles d’être valablement prises en considération.

specific description is to be preferred. If applying Rule 3(a) does not resolve the classification (because the headings are equally specific), Rule 3(b) provides that classification must occur according to the material or component that gives the goods their essential character. And, if that does not lead to a single classification, then Rule 3(c) states that the goods must be classified under the heading which occurs last in numerical order among those under consideration.

[28] If the application of Rules 1, 2 and 3 does not lead to the classification of a good under a single heading, Rule 4 provides a failsafe “likeness” rule, by which the good is classified under the heading that is appropriate to the good to which it is “most akin”.<sup>8</sup> Rule 5 deals with classification of cases and packing materials, and is not relevant to this appeal. Rule 6 applies once goods are classified under a heading, and directs the application of the General Rules when classifying goods under a subheading within that heading. Again, that concern does not arise here.

[29] The General Rules are commonly described as “cascading” in nature: see, e.g., *Agri Pack*, at para. 14; *Canada Border Services Agency v. Outils Gladu Inc.*, 2009 FCA 215, 393 N.R. 58, at para. 7. But this metaphor does not quite capture how the General Rules are to be applied. A “cascade” tends to suggest that the analysis progresses in a single, sequential direction — for example, first, to Rule 1, then (where Rule 1 fails to resolve the matter) to Rule 2, without returning to Rule 1. While the General Rules are hierarchical in the sense that any classification exercise must begin with Rule 1 (since Explanatory Note (V) to Rule 1 describes its classification methodology as “paramount”), Rule 1, as I have explained, does not lose all relevance where Rule 2 is applied. Nor is it an error to consider whether a good meets the description of a heading — that is, to apply Rule 1 — when Rule 2 is also applied. Indeed, Rule 2 would have no purpose were

<sup>8</sup> Rule 4 provides:

Goods which cannot be classified in accordance with the above Rules shall be classified under the heading appropriate to the goods to which they are most akin.

position la plus spécifique a la priorité. Si le conflit de classement ne se résout pas par application de la Règle 3a) (aucune position n'étant plus spécifique que les autres), la Règle 3b) intervient. Elle dispose que le classement s'effectue selon la matière ou l'article qui confère aux produits mélangés leur caractère essentiel. Et s'il n'en résulte pas un classement unique, il faut appliquer la Règle 3c), selon laquelle la marchandise est classée dans la position placée la dernière par ordre de numérotation parmi celles qui sont prises en considération.

[28] Si l'application des Règles 1, 2 et 3 n'aboutit pas au classement d'un article dans une seule position, la Règle 4, qui prévoit que les marchandises sont classées dans la position afférente aux articles « les plus analogues », permettra de trancher la question<sup>8</sup>. La Règle 5 porte sur le classement des étuis et contenants et n'est pas pertinente pour le présent pourvoi. La Règle 6 régit le classement dans une sous-position suivant les Règles générales. La question ne se pose pas non plus en l'espèce.

[29] On dit couramment des Règles générales qu'elles sont structurées « en cascade » (voir p. ex. *Agri Pack*, par. 14; *Outils Gladu Inc. c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2009 CAF 215, par. 7 (CanLII)). Cependant, cette métaphore ne décrit pas vraiment la manière dont les Règles s'appliquent. Une « cascade » rend l'idée d'une analyse linéaire — par exemple, on commence par la Règle 1, puis (si le classement ne peut être déterminé par application de cette disposition), on passe à la Règle 2, sans revenir à la première. Si les Règles générales sont hiérarchiques en ce sens que tout exercice de classement débute par la Règle 1 (vu la Note explicative V) accompagnant la Règle 1 qui précise que les méthodologies de classement de cette dernière « l'emportent »), cette disposition n'est pas écartée par l'application de la Règle 2, comme je l'ai expliqué. De plus, il n'est pas erroné de se demander si une marchandise correspond aux termes d'une

<sup>8</sup> La Règle 4 est ainsi libellée :

Les marchandises qui ne peuvent pas être classées en vertu des Règles visées ci-dessus sont classées dans la position afférente aux articles les plus analogues.

it not applied in conjunction with Rule 1, since its function is to guide the application of Rule 1 when the good in question is incomplete or a composite of different materials. Where Rule 2 applies, it applies together with Rule 1 to identify the heading(s) under which an incomplete or composite good can be *prima facie* classified. The terms of the heading(s) and any relevant Section or Chapter Notes are thereby applied to the incomplete or composite good as if it were a complete or uniform good, and it is classified as such: see, e.g., *Rona Corporation Inc. v. Canada (Border Services Agency)* (2008), 12 T.T.R. (2d) 295, at pp. 300 et seq.; *Primaplas Pty. Ltd. v. Chief Executive Officer of Customs*, [2016] FCAFC 40, at para. 51 (AustLII).

### C. The CITT's Reasoning

[30] As the Federal Court of Appeal has noted, the *Customs Tariff* bears little resemblance to ordinary legislation and care must be taken when reviewing decisions of the CITT interpreting its unique and complex scheme:

[The *Customs Tariff*] is legislation of such a specialized nature and expressed in terms that have so little to do with traditional legislation that for all practical purposes the court is being asked to give legal meaning to technical words that are well beyond its customary mandate. Furthermore, there are unique Canadian and international rules of interpretation applicable to the *Customs Tariff* that bear little resemblance to the traditional canons of statutory construction. Therefore, considerable deference should be accorded to the Tribunal's decisions and litigants who appeal tariff decisions to this court should be aware that they have a tough hill to climb. [*Schrader Automotive*, at para. 5]

Considerable prudence must therefore be exercised when reviewing the CITT's interpretation and application of the *Customs Tariff*.

[31] The CITT considered whether the gloves could be classified under heading 62.16 (as determined

position — c'est-à-dire appliquer la Règle 1 — en appliquant la Règle 2. En fait, la deuxième n'aurait aucune utilité sans la première, car elle sert à éclairer l'application de la Règle 1 dans les cas où un article est incomplet ou composé de diverses matières. Dans les cas où la Règle 2 s'applique, c'est en tandem avec la Règle 1 pour déterminer la position (ou les positions) dans laquelle un article incomplet ou composite paraît devoir être classé. Il faut appliquer les termes des positions et des Notes de Section ou de Chapitre à l'article non fini ou composite comme s'il s'agit d'un article fini ou fait de matière à l'état pur et le classer comme tel (voir p. ex. *Rona Corporation Inc. c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2008 CanLII 13335, par. 15 et suiv.; *Primaplas Pty. Ltd. c. Chief Executive Officer of Customs*, [2016] FCAFC 40, par. 51 (AustLII)).

### C. Motifs du TCCE

[30] Comme la Cour d'appel fédérale le fait remarquer, le *Tarif des douanes* ne ressemble guère aux lois ordinaires. Il faut donc contrôler avec précaution les décisions du TCCE qui interprètent ce régime particulier et complexe. Pour reprendre ses propos :

[Le *Tarif des douanes*] est une loi [...] très technique. Elle porte sur un domaine tellement spécialisé et elle est rédigée dans des termes qui ont tellement peu à voir avec le libellé des lois traditionnelles, qu'à toutes fins pratiques, la demande faite à la Cour consiste à donner un sens juridique à des mots techniques qui débordent complètement son mandat habituel. De plus, il existe des règles d'interprétation canadiennes et internationales uniques, applicables au Tarif des douanes, qui sont fort différentes des règles d'interprétation traditionnelles. En conséquence, il faut faire preuve de beaucoup de retenue à l'égard des décisions du Tribunal. Les plaideurs qui interjettent appel devant la Cour d'une décision touchant le tarif doivent être conscients qu'ils devront surmonter des obstacles imposants. [*Schrader Automotive*, par. 5]

Par conséquent, une grande prudence est de mise dans l'examen de l'interprétation et de l'application par le TCCE du *Tarif des douanes*.

[31] Le TCCE s'est demandé si les gants pouvaient être classés dans la position 62.16 (comme l'ASFC

by the CBSA) or heading 39.26 (as submitted by Igloo Vikski). Igloo Vikski had argued that the classification must be resolved using Rule 3(b) which, as the preceding discussion shows, would necessarily require that the hockey gloves were *prima facie* classifiable under *both* headings 62.16 and 39.26 — that is, as gloves, mittens or mitts, *and* as articles of plastics.

[32] The CITT found that the hockey gloves met the description of heading 62.16 as “[g]loves, mittens and mitts”. It went on to consider whether the Explanatory Note to heading 62.16 should direct it to consider any other Rule when classifying the goods (paras. 49-50). Before doing so, however, it first addressed Igloo Vikski’s arguments relating to heading 39.26.

[33] Igloo Vikski had conceded before the CITT that the gloves were not *prima facie* classifiable under heading 39.26 using Rule 1 alone (para. 54). Instead, it argued that the gloves were *prima facie* classifiable under heading 39.26 using a combination of Rules 1 and 2(b). To be clear, I do not view this concession as binding Igloo Vikski in any legal sense, but rather as an acknowledgement of the obvious fact that the gloves — which are composed of a mixture of plastics and textiles — are not composed solely of plastics and are therefore not classifiable under heading 39.26 using Rule 1 alone.

[34] The CITT rejected Igloo Vikski’s argument, stating that the Explanatory Note to heading 39.26 precluded the gloves from being *prima facie* classifiable under that heading. The relevant portion of the Explanatory Note to heading 39.26 states:

This heading covers articles, not elsewhere specified or included, of plastics (as defined in Note 1 to the Chapter) or of other materials of headings 39.01 to 39.14.

I’avait décidé) ou dans la position 39.26 (comme Igloo Vikski a fait valoir). Selon Igloo Vikski, il fallait appliquer la Règle 3b) pour déterminer le classement. Comme le démontre ce qui précède, il faudrait dans ce cas que les gants de hockey paraissent devoir être classés *à la fois* dans la position 62.16 et dans la position 39.26 — c’est-à-dire comme gants, mitaines ou moufles *et* comme matières plastiques.

[32] Le TCCE a conclu que les gants de hockey répondaient aux termes de la position 62.16 (« [g]ants, mitaines et moufles »). Il a ensuite consulté la Note explicative accompagnant la position 62.16 pour voir s’il devait tenir compte d’une autre Règle pour déterminer le classement de ces marchandises (par. 49-50). Toutefois, il a auparavant examiné les arguments d’Igloo Vikski intéressant la position 39.26.

[33] Igloo Vikski a concédé devant le TCCE que les gants ne paraissaient pas devoir être classés dans la position 39.26 par la seule application de la Règle 1 (par. 54). Or, selon elle, les gants paraissaient devoir être classés dans la position 39.26 par application combinée des Règles 1 et 2b). Par souci de clarté, permettez-moi de préciser qu’à mon avis, Igloo Vikski n’est pas liée sur le plan juridique par cette concession; elle énonçait plutôt une évidence, à savoir que les gants, qui sont composés à la fois de matières plastiques et de matières textiles, ne sont pas composés seulement de matières plastiques et ne pouvaient donc être classés dans la position 39.26 par seule application de la Règle 1.

[34] Le TCCE a rejeté l’argument d’Igloo Vikski, estimant que si l’on tient compte de la Note explicative accompagnant la position 39.26, on ne peut conclure que les gants paraissent devoir être classés dans cette position. Les passages pertinents de la Note explicative sont ainsi libellés :

La présente position couvre les ouvrages non dénommés ni compris ailleurs en matières plastiques (tels qu’ils sont définis à la Note 1 du présent Chapitre) ou en autres matières des n°s 39.01 à 39.14. Sont donc notamment compris ici :

They include:

- (1) Articles of apparel and clothing accessories (**other than toys**) made by sewing or sealing sheets of plastics, e.g., aprons, belts, babies' bibs, raincoats, dress-shields, etc. Detachable plastic hoods remain classified in this heading if presented with the plastic raincoats to which they belong. [Emphasis in original.]

The Explanatory Note goes on to list 11 more examples of what is included in heading 39.26, none of which is relevant to this appeal.

[35] The CITT interpreted this Explanatory Note to mean that an article of apparel and clothing accessories may only be classified in this heading if it is made by sewing or sealing sheets of plastic together (para. 55). The gloves at issue were not made by sewing or sealing sheets of plastic together (para. 56). Therefore, despite the presence of plastics in the gloves, Rule 2(b) could not be used to extend heading 39.26 to cover the gloves because the Explanatory Note precluded their classification under this heading (paras. 61 and 66-67).

[36] The CITT then returned to heading 62.16. As I have already noted, the Explanatory Note to heading 62.16 states that the presence of additional materials in the goods does not affect their classification in this heading so long as the additional materials do not constitute "more than mere trimming". Where additional materials constitute more than mere trimming, the Explanatory Note directs that classification proceed according to the General Rules.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> The Explanatory Note to heading 62.16 states:

The classification of goods in this Chapter is not affected by the presence of parts or accessories of, for example, knitted or crocheted fabrics, furskin, feather, leather, plastics or metal. Where, however, the presence of such materials constitutes **more than mere trimming** the articles are classified in accordance with the relative Chapter Notes (particularly Note 4 to Chapter 43 and Note 2 (b) to Chapter 67, relating to the presence of furskin and feathers, respectively), or failing that, according to the General Interpretive Rules. [Emphasis in original.]

- 1) Les vêtements et accessoires du vêtement (**autres que les jouets**) confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles, notamment les tabliers, les ceintures, les bavoirs pour bébés, les imperméables et les dessous-de-bras. Les capuchons amovibles en matières plastiques, présentés avec les imperméables en matières plastiques auxquels ils sont destinés, restent classés dans la présente position. [En caractère gras dans l'original.]

La Note explicative énumère 11 autres exemples d'articles classés dans la position 39.26. Aucun de ces exemples n'est pertinent dans le présent pourvoi.

[35] Selon le TCCE, il faut interpréter la Note explicative ainsi : un vêtement ou un accessoire du vêtement n'est classé dans la position que s'il est confectionné par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles (par. 55). Les gants en question ne sont pas confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles (par. 56). Par conséquent, même si les gants comportent des matières plastiques, la Règle 2b) ne peut servir à élargir la portée de la position 39.26 de manière à y inclure les gants, car la Note explicative fait obstacle à leur classement dans cette position (par. 61 et 66-67).

[36] Le TCCE s'est penché à nouveau sur la position 62.16. Comme je l'ai signalé, la Note explicative accompagnant la position 62.16 précise que les autres matières que comportent les articles n'influent pas sur le classement dans cette position, à moins que les parties « excèdent le rôle de simples garnitures ». Suivant la Note explicative, si d'autres matières excèdent le rôle de simples garnitures, le classement s'effectue conformément aux Règles générales<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> La Note explicative accompagnant la position 62.16 est ainsi libellée :

Les articles du présent Chapitre peuvent comporter des parties ou accessoires : en bonneterie, en matière plastique, en cuir, en pelleteries, en métal, en plumes, par exemple. Toutefois, lorsque ces parties excèdent le rôle de simples garnitures, les vêtements et accessoires du vêtement sont classés conformément aux Notes spéciales des Chapitres (voir, en particulier, la Note 4 du Chapitre 43 et la Note 2 b) du Chapitre 67 en ce qui concerne respectivement la présence de pelleteries et de parties en plumes) ou, à défaut, conformément aux Règles générales interprétatives. [En caractère gras dans l'original.]

[37] Having already found that the hockey gloves met the description of heading 62.16, the CITT recognized that the Explanatory Note directed it to apply Rule 2(b) to assess whether that heading could be extended to cover the gloves notwithstanding the inclusion of plastic materials, since they constituted more than mere trimming (para. 71). It considered Explanatory Note (XII) to Rule 2(b), observing that “Rule 2 (b) does not allow extending the terms of a heading to the point where Rule 1 is ignored” (para. 79), but ultimately concluded — employing the language of Explanatory Note (XII) — that “the presence of the plastic components in the goods in issue does not deprive them of their character as gloves of textile fabrics” (para. 81). The gloves were not *prima facie* classifiable as articles of plastics under heading 39.26, but they were classifiable under heading 62.16 as gloves, mittens or mitts. And, since heading 62.16 was the *only* heading under which the gloves were *prima facie* classifiable, the CITT held that this was the appropriate classification for the gloves, and it dismissed Igloo Vikski’s appeal.

#### D. *The Alleged Errors*

[38] The Federal Court of Appeal identified what it considered to be errors in the CITT’s reasoning which, it said, renders the decision unreasonable. Specifically, it held that the CITT had misapplied the General Rules by requiring that a good be described by a heading using Rule 1 before Rule 2 can be applied. Igloo Vikski adopts this argument on appeal, and also says that the CITT misinterpreted the Explanatory Note to heading 39.26.

##### (1) Misapplication of the General Rules

[39] The Federal Court of Appeal held that the CITT misapplied the General Rules by requiring as “a prerequisite condition to the application of Rule 2(b) that the goods in issue need first to meet the description in a heading pursuant to Rule 1” (para. 11). It also found that the CITT had erred by failing to apply Rule 2(b) to extend heading 39.26 to

[37] Le TCCE, ayant conclu que les gants de hockey correspondaient aux termes de la position 62.16, a reconnu qu’il fallait, conformément à la Note explicative, appliquer la Règle 2b) pour déterminer s’il était possible d’étendre la portée de la position de manière à y inclure les gants, même s’ils comportaient des matières plastiques, car celles-ci excédaient le rôle de simples garnitures (par. 71). À propos de la Note explicative XII) accompagnant la Règle 2b), il a signalé que « la Règle 2 b) ne permet pas d’étendre la portée du libellé d’une position jusqu’à exclure la Règle 1 » (par. 79), mais a fini par conclure, en reprenant le libellé de la Note explicative XII), que « la présence de matières plastiques dans les marchandises en cause n’a pas pour effet d’enlever leur caractère de gants en matières textiles » (par. 81). Les gants ne paraissaient pas devoir être classés dans la position 39.26 (matières plastiques); ils pouvaient cependant être classés dans la position 62.16 (gants, mitaines et moufles). Vu que la position 62.16 était la *seule* dans laquelle les gants paraissaient devoir être classés, le TCCE, concluant que c’était le bon classement, a rejeté l’appel interjeté par Igloo Vikski.

#### D. *Erreurs soulevées*

[38] La Cour d’appel fédérale a soulevé ce qui, selon elle, constitue des erreurs dans le raisonnement du TCCE qui, à son avis, ont pour effet de rendre la décision déraisonnable. Plus précisément, elle était d’avis que le TCCE avait mal interprété les Règles générales en estimant qu’il fallait appliquer la Règle 1 et déterminer si l’article correspond aux termes d’une position, avant d’appliquer la Règle 2. Igloo Vikski a fait sien cet argument en appel et fait aussi valoir que le TCCE a mal interprété la Note explicative accompagnant la position 39.26.

##### (1) Application erronée des Règles générales

[39] De l’avis de la Cour d’appel fédérale, le TCCE a mal appliqué les Règles générales, « puisqu’aucune condition préalable à l’application de la Règle 2b) n’exige que les marchandises en cause doivent premièrement correspondre à la description de la position visée en vertu de la Règle 1 » (par. 11). Selon elle, le TCCE avait également commis une erreur en

cover the gloves, and that the CITT's decision was therefore unreasonable.

[40] In reaching this decision, the Federal Court of Appeal in my respectful view misapprehended the structure of the General Rules. More precisely, it did not appreciate the conjunctive nature of the application of Rules 1 and 2 to a determination of the heading(s) under which a good is *prima facie* classifiable.

[41] As I have already explained, Rules 1 and 2 are not mutually exclusive classification rules. Rule 1 simply provides that classification must be done according to the headings and relevant Section and Chapter Notes. Rule 2 deems that certain references in headings include unfinished goods or goods composed of different materials. Where Rule 2 applies, it informs the content of the headings by which Rule 1 directs that the appropriate classification is to be determined.

[42] While in some respects the CITT's reasons lack perfect clarity, reasonableness review does not require perfection. The CITT's decision is reasonable if its reasons "allow the reviewing court to understand why the tribunal made its decision and permit it to determine whether the conclusion is within the range of acceptable outcomes": *Newfoundland Nurses*, at para. 16.

[43] My review of the CITT's reasons satisfies me that they meet this standard. Those reasons show:

1. The CITT considered whether the gloves fell within either heading 62.16 (as "[g]loves, mittens and mitts") or heading 39.26 (as "articles of plastics"), and it found that they met the description of heading 62.16.
2. The CITT recognized that the Explanatory Note directed it to Rule 2(b) because of the presence of plastics in the gloves constituting more than mere trimming.

omettant d'appliquer la Règle 2b) pour étendre la portée de la position 39.26 de manière à y inclure les gants. La décision de la TCCE était donc déraisonnable.

[40] Soit dit en tout respect, ce faisant, la Cour d'appel fédérale a mal saisi l'économie des Règles générales. Plus précisément, elle n'a pas compris que les Règles 1 et 2 doivent être appliquées en tandem lorsqu'il s'agit de déterminer dans quelle position (ou positions) un article paraît devoir être classé.

[41] Comme je l'ai expliqué, les Règles 1 et 2 ne s'excluent pas l'une l'autre. La Règle 1 prévoit simplement que le classement est déterminé d'après les termes des positions et des Notes de Sections ou de Chapitres pertinentes. La Règle 2 assimile le renvoi à un article complet dans une position à un renvoi à un article non fini ou constitué de matières diverses. Lorsque la Règle 2 s'applique, elle vient éclairer les termes des positions d'après lesquels le classement doit s'effectuer en application de la Règle 1.

[42] Certes, à certains égards les motifs du TCCE ne sont pas parfaitement limpides, mais le contrôle selon la norme de la décision raisonnable n'exige pas la perfection. La décision du TCCE est raisonnable si ses motifs « permettent à la cour de révision de comprendre le fondement de la décision du tribunal et de déterminer si la conclusion fait partie des issues possibles » (*Newfoundland Nurses*, par. 16).

[43] Mon analyse des motifs du TCCE me convainc qu'ils répondent à ce critère. Ils démontrent les éléments suivants :

1. Le TCCE s'est demandé si les gants pouvaient être classés dans la position 62.16 (« [g]ants, mitaines et moufles ») ou dans la position 39.26 (« matières plastiques ») et a conclu qu'ils répondaient aux termes de la position 62.16.
2. Le TCCE a reconnu qu'aux termes de la Note explicative, il devait appliquer la Règle 2b), car les gants comportaient des parties en matière plastique qui excédaient le rôle de simples garnitures.

3. In considering whether the goods met the description of heading 39.26 as articles of plastics, the CITT concluded — having reference to the Explanatory Note to heading 39.26 — that only items of clothing or accessories which were made by sewing or sealing sheets of plastic together could be classified under heading 39.26. As the gloves could not meet the description in the heading, so understood, there was therefore no basis for applying Rule 2(b) to extend that heading.
3. Après avoir étudié la question de savoir si les marchandises répondaient aux termes de la position 39.26 et constituaient des matières plastiques, le TCCE est arrivé à la conclusion — sur le fondement de la Note explicative accompagnant la position 39.26 — que seuls les vêtements et accessoires du vêtement confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles relèvent de cette position. Comme les gants ne répondaient pas aux termes de cette position, comme il faut l'entendre, il n'y avait pas lieu d'appliquer la Règle 2b) pour étendre la portée de la position.

[44] This is a reasonable application of the General Rules. Further, the Federal Court of Appeal erred in supposing that Rule 2(b) can be applied to extend the scope of a heading to include a particular good where no part of that good falls within the heading. While Rule 2(b) deems a reference in a heading to a material to include a mixture of that material with other substances, the Section, Chapter Notes, and Explanatory Notes still apply when classifying that good as if it were made exclusively of the material referenced by the heading. Yet, the Federal Court of Appeal's statement that "it is not a prerequisite condition to the application of Rule 2(b) that the goods in issue need first to meet the description in a heading pursuant to Rule 1" (para. 11) implicitly suggests otherwise, as does my colleague, Côté J. This is because it holds open the possibility that a good could be classified by operation of Rule 2(b) under a heading (here, heading 39.26), even though — when the Explanatory Note thereto or the relevant Section or Chapter Notes are accounted for — the good does not meet the description of the heading (as an "articl[e] of plastics") and is therefore not *prima facie* classifiable under Rule 1.

[45] With respect, this reasoning is contrary to the application of the General Rules. For Rule 2(b) to apply, the goods under consideration must, in

[44] Il s'agit d'une application raisonnable des Règles générales. En outre, la Cour d'appel fédérale a fait erreur en supposant que la Règle 2b) s'applique pour étendre la portée d'une position de manière à y inclure un article dont aucune partie ne peut y être classée. Si aux termes de la Règle 2b) la mention d'une matière dans une position est assimilée à la mention de cette matière mélangée ou associée à d'autres matières, il demeure que les Notes de Sections ou de Chapitres et les Notes explicatives s'appliquent au classement de l'article comme s'il était constitué à l'état pur de la matière mentionnée dans la position. Et pourtant, l'affirmation de la Cour d'appel fédérale selon laquelle « aucune condition préalable à l'application de la Règle 2b) n'exige que les marchandises en cause doivent premièrement correspondre à la description de la position visée en vertu de la Règle 1 » (par. 11) indique implicitement le contraire, comme l'estime également ma collègue, la juge Côté. En effet, suivant cette affirmation, une marchandise pourrait être classée par application de la Règle 2b) dans une position (en l'occurrence la position 39.26), même si, compte tenu de la Note explicative accompagnant cette position ou les Notes de Section ou de Chapitre pertinentes, la marchandise ne répond pas aux termes de la position (il ne s'agit pas d'une « matière plastique[e] ») et ne paraît donc pas devoir être classée dans cette position conformément à la Règle 1.

[45] Soit dit en tout respect, ce raisonnement est contraire à la bonne application des Règles générales. Pour que la Règle 2b) s'applique, la marchandise

accordance with Rule 1, meet the description contained in that heading in whole or in part (once the relevant Chapter, Section, or Explanatory Notes are taken into account) — in this case, as “[g]loves, mittens [or] mitts” under heading 62.16, or as “articles of plastics” under heading 39.26. To be clear, a good *must* be described in whole or in part by a heading — even if it may ultimately not be classified under that heading because of its unfinished or composite nature — before Rule 2 can be applied. This is consistent with the process of reasoning applied by the CITT to this case, and the reasonableness of its decision is unassailable on this basis.

**(2) Misinterpretation of the Explanatory Note to Heading 39.26**

[46] This leaves Igloo Vikski’s objection to the CITT’s interpretation of the Explanatory Note to heading 39.26. Igloo Vikski says that the CITT’s interpretation was unreasonable because it transformed language of “inclusion” into language of “exclusion”. It submits that this error led the CITT to treat heading 39.26 differently from heading 62.16, thereby resulting in an unreasonable decision as a whole.

[47] I do not agree. While an alternate interpretation to that given by the CITT to the Explanatory Note is available, this does not mean that the CITT’s interpretation was necessarily unreasonable.

[48] Certainly, the Explanatory Note to heading 39.26 contains inclusive language. Having stated that the heading covers articles “of other materials of headings 39.01 to 39.14”, it then proceeds to describe those “other materials”:

They include:

- (1) Articles of apparel and clothing accessories (*other than toys*) made by sewing or sealing sheets of plastics, e.g., aprons, belts, babies’ bibs, raincoats, dress shields, . . . . [Emphasis in original.]

en question doit, conformément à la Règle 1, répondre aux termes de la position, en tout ou en partie (compte tenu des Notes explicatives ou des Notes de Chapitre ou de Section pertinentes), en l’occurrence, correspondre à des « [g]ants, mitaines [ou] moufles » (position 62.16) ou à des « matières plastiques » (position 39.26). Précisons qu’il *faut* d’abord que l’article réponde, en tout ou en partie, aux termes d’une position — même si en dernière analyse il pourrait être classé dans une autre position en raison de son état non fini ou composite — avant que n’intervienne la Règle 2. Le raisonnement du TCCE en l’espèce va dans le même sens. Le caractère raisonnable de sa décision est donc inattaquable sur ce plan.

**(2) Interprétation erronée de la Note explicative accompagnant la position 39.26**

[46] Reste l’objection formulée par Igloo Vikski contre l’interprétation par le TCCE de la Note explicative accompagnant la position 39.26. Igloo Vikski prétend que cette interprétation est déraisonnable au motif qu’elle transforme des termes d’« inclusion » en termes d’« exclusion ». L’intimée fait valoir que cette erreur a amené le TCCE à traiter différemment les positions 39.26 et 62.16, ce qui s’est traduit par une décision déraisonnable dans l’ensemble.

[47] Je ne suis pas d’accord. Le fait qu’une autre interprétation de la Note explicative est possible ne rend pas celle du TCCE déraisonnable pour autant.

[48] Certes, la Note explicative accompagnant la position 39.26 est rédigée en termes d’« inclusion ». Elle dispose que la position couvre les ouvrages « en autres matières des n° 39.01 à 39.14 » et décrit ensuite ces « autres matières » :

Sont donc notamment compris ici :

- 1) Les vêtements et accessoires du vêtement (*autres que les jouets*) confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles, notamment les tabliers, les ceintures, les bavoirs pour bébés, les imperméables et les dessous-de-bras. . . [En caractère gras dans l’original.]

[49] The Explanatory Note *overall* begins with inclusive language (“[t]hey include”), but para. (1) of the Note *specifically* does not. The examples listed in para. (1) (“e.g., aprons, belts, . . .”) illustrate the types of articles that meet the criteria of “[a]rticles of apparel and clothing accessories . . . made by sewing or sealing sheets of plastics”. The addition of such examples does not, however, render those criteria non-exhaustive. In *Sher-Wood*, the CITT interpreted para. (1) as exclusive in nature — that is, only those articles of clothing or accessories which can meet the general description in para. (1) are classifiable under heading 39.26. In this case, the CITT adopted the same interpretation (para. 55), meaning that only articles of clothing or accessories made by sewing or sealing sheets of plastic together may be classified under heading 39.26, because that is the only type of clothing or accessories described. This led ultimately to the CITT’s conclusion that it could not use Rule 2(b) to extend heading 39.26 to cover the gloves (paras. 55 and 66-69): *even if* the gloves were comprised entirely of plastics, they could not be classified under heading 39.26 as they were not made by sewing or sealing sheets of plastic together.

[50] While another interpretation of the effect of the inclusive language preceding the list of 12 items in the Explanatory Note was available to the CITT (specifically, that it directs that the description contained within each list item is non-exclusive, as well as the list itself), the CITT’s interpretation is far from unreasonable. Even accepting that the term “include” typically denotes that a non-exhaustive list is to follow (*National Bank of Greece (Canada) v. Katsikouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029, at p. 1041, per La Forest J.), which the CITT does not deny in its reasons, the non-exhaustive quality of each list item in this case can reasonably be seen as a distinct matter. It is reasonable to interpret that list item as stating exhaustively its own criteria — meaning, in this case, that if an article of clothing or accessories

[49] La Note explicative commence *globalement* par des termes généraux (« [s]ont donc notamment compris ici »), mais ce n'est pas le cas *particulier* du par. 1) de la Note. Les exemples énumérés au par. 1) (« notamment les tabliers, les ceintures . . . ») illustrent le type d'ouvrages correspondant aux critères de « vêtements et accessoires du vêtement . . . ] confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles ». L'ajout de ces exemples n'a pas pour effet de rendre ces critères non exhaustifs. Dans l'affaire *Sher-Wood*, le TCCE a conclu que le par. 1) est exclusif, c'est-à-dire que seuls les vêtements et accessoires du vêtement qui répondent aux termes généraux au par. 1) peuvent être classés dans la position 39.26. En l'espèce, le TCCE a adopté la même interprétation (par. 55) : seuls les vêtements et accessoires du vêtement confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles peuvent être classés dans la position 39.26, car c'est le seul type de vêtements ou d'accessoires du vêtement qui y est décrit. C'est ainsi que le TCCE a conclu qu'il ne pouvait appliquer la Règle 2b) pour étendre la portée de la position 39.26 de manière à y inclure les gants (par. 55 et 66-69), et ce *même si* les gants étaient confectionnés entièrement de matières plastiques, car ils n'étaient pas confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles.

[50] Quoiqu'une autre interprétation de l'effet des termes d'inclusion de la phrase liminaire précédant la liste de 12 éléments de la Note explicative ait été possible (à savoir que ces termes révélaient le caractère non exclusif à la fois de la liste et de ses éléments), celle du TCCE est loin d'être déraisonnable. Même si l'on accepte que le terme « notamment [compris] » indique généralement une liste non exhaustive (*Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029, p. 1041, le juge La Forest), ce que les motifs du TCCE ne démentent pas, on peut aussi raisonnablement estimer que le caractère exhaustif ou non de chaque élément de la liste en l'espèce constitue une question distincte. Il est raisonnable d'arriver à la conclusion que cet élément précis énonce un critère

is to be classified in heading 39.26, it must be made by sewing or sealing sheets of plastic together.

#### **IV. Conclusion**

[51] Read as a whole, the CITT's decision classifying the gloves under heading 62.16 was reasonable. The CITT neither misapplied the General Rules, nor interpreted heading 39.26 and its Explanatory Note in an unreasonable manner. I would allow the appeal and restore the classification decision of the CITT.

[52] The Attorney General of Canada is entitled to her costs in this Court and at the Federal Court of Appeal.

The following are the reasons delivered by

[53] CÔTÉ J. (dissenting) — I apply the same standard of review as my colleague Brown J., i.e. reasonableness, however, I disagree with his conclusion that the Canadian International Trade Tribunal's interpretation is reasonable. Indeed, I find that the Tribunal's decision falls well outside the range of reasonable interpretations. It is not justifiable because it contradicts the cascading nature of the General Rules for the Interpretation of the Harmonized System (comprised in the Schedule to the *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36), it is internally contradictory, and it interprets the World Customs Organization's *Explanatory Notes to the Harmonized Commodity Description and Coding System* in a manner that is irreconcilable with their words. Consequently, I would dismiss the appeal.

[54] At issue in the present appeal is the classification of five models of ice hockey goaltender gloves. Igloo Vikski Inc. ("Igloo Vikski") had initially contested the classification of six models of gloves. On further redetermination, however, the Canada Border

exhaustif — c'est-à-dire, en l'occurrence, que pour être classé dans la position 39.26, un vêtement ou un accessoire du vêtement doit être confectionné par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles.

#### **IV. Conclusion**

[51] Globalement, la décision du TCCE ayant classé les gants dans la position 62.16 était raisonnable. Le TCCE n'a pas mal appliqué les Règles générales ni donné au libellé de la position 39.26 et à sa Note explicative une interprétation déraisonnable. Je suis d'avis d'accueillir l'appel et de rétablir la décision du TCCE sur le classement.

[52] Le procureur général du Canada a droit aux dépens devant la Cour et devant la Cour d'appel fédérale.

Version française des motifs rendus par

[53] LA JUGE CÔTÉ (dissidente) — J'applique la norme de contrôle de la décision raisonnable, tout comme mon collègue, le juge Brown, mais je ne partage pas sa conclusion selon laquelle la décision du Tribunal canadien du commerce extérieur était raisonnable. En effet, j'estime que la décision du Tribunal ne fait aucunement partie des interprétations raisonnables. Elle n'est pas justifiable, car elle va à l'encontre de la nature dite « en cascade » des Règles générales pour l'interprétation du Système harmonisé (comprises dans l'annexe au *Tarif des douanes*, L.C. 1997, c. 36), elle est intrinsèquement contradictoire et elle fait des *Notes explicatives du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises* de l'Organisation mondiale des douanes une lecture qui est incompatible avec leur libellé. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter l'appel.

[54] La question en litige en l'espèce concerne le classement de cinq modèles de gants de gardiens de but pour le hockey sur glace. Igloo Vikski Inc. (« Igloo Vikski ») avait d'abord contesté le classement de six modèles. Toutefois, après avoir procédé

Services Agency (“CBSA”) reclassified one model (GBX5) as “Other articles of plastics” under tariff item No. 3926.20.92, which is titled “Mittens; Non-disposable gloves” and includes the item “Gloves, specially designed for use in sports”. The CBSA concluded that the remaining five models were properly classified under tariff item No. 6216.00.00, which is titled “Gloves, mittens and mitts”. Igloo Vikski appealed the classification of the remaining five models on the basis they should also be reclassified under tariff item No. 3926.20.92 as “Gloves, specially designed for use in sports”.

à une révision, l’Agence des services frontaliers du Canada (l’« ASFC ») a reclassé un modèle de gants (GBX5) comme appartenant à la catégorie des « Autres ouvrages en matières plastiques », dans le numéro tarifaire 3926.20.92, intitulé « Moufles (mitaines); Gants non jetables », qui comprend la catégorie « Gants, conçus spécialement pour usages sportifs ». L’ASFC a conclu que les cinq autres modèles avaient été classés à bon droit dans le numéro tarifaire 6216.00.00 (« Gants, mitaines et moufles »). Igloo Vikski a interjeté appel du classement de ces cinq modèles, faisant valoir qu’ils auraient dû être classés aussi dans le numéro tarifaire 3926.20.92, à savoir « Gants, conçus spécialement pour usages sportifs ».

### I. Standard of Review

[55] The standard of review of reasonableness is applicable in this case since it is well established that the Canadian International Trade Tribunal is a highly specialized tribunal and the question before this Court falls within its expertise. As I will discuss below, the *Customs Tariff* is a technical piece of legislation that involves unique Canadian and international rules of interpretation (*Minister of National Revenue (Customs and Excise) v. Schrader Automotive Inc.* (1999), 240 N.R. 381 (F.C.A.), at para. 5). That being said, I wish to say a couple of things about reasonableness review that will be relevant to my review of the merits.

[56] My colleague acknowledges that reasonableness review is concerned with two aspects: “. . . the reasonableness of the substantive outcome of the decision, and . . . the process of articulating that outcome” (para. 18). These two aspects were described by a majority of this Court in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190:

A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency

### I. Norme de contrôle

[55] La norme de contrôle de la décision raisonnable s’applique en l’espèce, car il est bien établi que le Tribunal canadien du commerce extérieur est un tribunal hautement spécialisé, et la question dont nous sommes saisis s’inscrit dans son domaine d’expertise. Comme je l’explique plus loin, le *Tarif des douanes* est une loi technique qui fait intervenir des règles d’interprétation uniques tant canadiennes qu’internationales (*Canada (Ministre du Revenu national) c. Schrader Automotive Inc.*, 1999 CanLII 7719 (C.A.F.), par. 5). Cela dit, je souhaite faire quelques commentaires à propos de la norme de contrôle de la décision raisonnable qui éclaireront mon analyse au fond.

[56] Mon collègue reconnaît que le contrôle selon la norme de la décision raisonnable s’intéresse à deux aspects : « . . . au caractère raisonnable du résultat concret de la décision ainsi qu’au raisonnement qui l’a produit » (par. 18). Ces deux aspects sont décrits par les juges majoritaires de la Cour dans l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 :

La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonnalité. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu’à l’appartenance

and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law. [para. 47]

The majority in *Dunsmuir* further explained that deference under the reasonableness standard “does not mean that courts are subservient to the determinations of decision makers, or that courts must show blind reverence to their interpretations” (para. 48). An indefensible process of reasoning cannot be saved by the mere fact that the outcome itself may be, in the end, an available one. In *Dunsmuir*, the majority concluded that the decision was unreasonable because the reasoning process was “deeply flawed” and “relied on and led to a construction of the statute that fell outside the range of admissible statutory interpretations” (para. 72).

[57] Moreover, while reasonableness is a single standard of review, it takes its colour from the context (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 59) and “must be assessed in the context of the particular type of decision making involved and all relevant factors” (*Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, at para. 18). In the statutory context, for example, “[w]here the ordinary tools of statutory interpretation lead to a single reasonable interpretation and the administrative decision maker adopts a different interpretation, its interpretation will necessarily be unreasonable” (*McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at para. 38).

[58] In the present case, we are dealing with the interpretation of a statute that was enacted to implement the *International Convention on the Harmonized Commodity Description and Coding System*, Can. T.S. 1988 No. 38. The *Convention* is aimed at achieving uniformity and consistency in tariff classifications across jurisdictions and provides a set of rules the states parties must apply when classifying imported goods. The Attorney General states

de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. [par. 47]

Les juges majoritaires dans cette affaire expliquent par ailleurs que la déférence qui s’impose lors du contrôle selon la norme de la décision raisonnable ne signifie pas « que les cours de justice doivent s’incliner devant les conclusions des décideurs ni qu’elles doivent respecter aveuglément leurs interprétations » (par. 48). Un raisonnement indéfendable ne saurait être validé par le simple fait qu’au bout du compte, son issue faisait partie des options possibles. Dans *Dunsmuir*, les juges majoritaires concluent au caractère déraisonnable de la décision parce que le raisonnement qui l’a produit était « foncièrement défectueux » et « s’appuyait et débouchait sur une interprétation de la loi qui ne faisait pas partie des lectures acceptables » (par. 72).

[57] En outre, même si la norme de la décision raisonnable constitue une norme de contrôle unique, elle s’adapte au contexte (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 59), et « le caractère raisonnable de la décision s’apprécie dans le contexte du type particulier de processus décisionnel en cause et de l’ensemble des facteurs pertinents » (*Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, par. 18). En matière d’interprétation législative, par exemple, « [lorsque] les méthodes habituelles d’interprétation législative mènent à une seule interprétation raisonnable et que le décideur administratif en retient une autre, celle-ci est nécessairement déraisonnable » (*McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 38).

[58] La présente affaire porte sur l’interprétation de la loi de mise en œuvre de la *Convention internationale sur le Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises*, R.T. Can. 1988 n° 38. La *Convention* a pour objet d’assurer l’uniformité du classement tarifaire d’un pays à l’autre et prévoit des règles à l’intention des États parties pour le classement des marchandises importées. Le procureur général affirme que [TRADUCTION]

that “[t]hese rules are designed to ensure that each individual imported good is classified within one, and only one, heading and subheading. The signatories to the Convention recognized that it would be beneficial to have a common international system for classifying goods that can be used to establish customs tariffs and to compile trade statistics. In particular, such a system facilitates negotiations between nations on customs and tariffs” (A.F., at para. 6 (footnote omitted)). Given the *Convention* parties’ intention of creating a uniform classification scheme, I find that the range of reasonable statutory interpretations in this context is narrow.

[59] My colleague points out that this appeal deals not with the interpretation of the *Customs Tariff*, but rather “the application of the General Rules when determining the classification of goods under the Harmonized System” (para. 19). The General Rules are part of the *Customs Tariff* (see s. 10(1) of the *Customs Tariff* and the Schedule), and they cannot be applied in this context without first being interpreted. My colleague’s discussion of the hierarchical rather than cascading nature of the General Rules at para. 29 suggests as much.

## **II. Concession**

[60] Before turning to the merits, I will first address the matter of Igloo Vikski’s concession. The Tribunal concluded that “Igloo Vikski conceded that the terms of heading No. 39.26 do not describe the goods in issue” (2013 CanLII 4408, at para. 66). My colleague, at para. 33, says that Igloo Vikski had conceded before the Tribunal “that the gloves were not *prima facie* classifiable under heading 39.26 using Rule 1 alone. Instead, it argued that the gloves were *prima facie* classifiable under heading 39.26 using a combination of Rules 1 and 2(b)” (citation omitted).

[61] The Tribunal member in the present case had previously considered the tariff classification of ice hockey skater gloves in a similar case, *Sher-Wood*

« [c]es règles sont conçues de sorte que chaque marchandise importée ne soit classée que dans une seule position et sous-position. Les signataires de la Convention reconnaissent l’utilité d’un système international commun de classement des marchandises qui permet d’établir des tarifs des douanes et des statistiques sur le commerce. Plus particulièrement, un tel système facilite les négociations entre les nations en matière de commerce et de tarifs » (m.a., par. 6 (note en bas de page omise)). Comme les parties à la *Convention* avaient l’intention de créer un régime de classement uniforme, je suis d’avis, à la lumière de ce contexte, que le nombre d’interprétations raisonnables est limité.

[59] Mon collègue indique que le présent pourvoi porte non pas sur l’interprétation du *Tarif des douanes*, mais sur « l’application des Règles générales lorsqu’il s’agit de déterminer le classement de marchandises selon le Système harmonisé » (par. 19). Les Règles générales font partie du *Tarif des douanes* (voir le par. 10(1) du *Tarif des douanes* et l’annexe) et, dans ce contexte, elles ne peuvent être appliquées sans d’abord être interprétées. C’est ce qui ressort de l’analyse à laquelle mon collègue procède au par. 29 de ses motifs, au sujet de la nature des Règles générales, qui s’appliquent à son avis de manière hiérarchique et non en cascade.

## **II. Concession**

[60] Avant de me pencher sur le fond du litige, je désire aborder la question de la concession faite par Igloo Vikski. Selon le Tribunal, « Igloo Vikski a reconnu que le libellé de la position n° 39.26 ne décrit pas les marchandises en cause » (2013 CanLII 4408, par. 66). Mon collègue affirme, au par. 33 de ses motifs, qu’Igloo Vikski a concédé devant le Tribunal « que les gants ne paraissaient pas devoir être classés dans la position 39.26 par la seule application de la Règle 1. Or, selon elle, les gants paraissaient devoir être classés dans la position 39.26 par application combinée des Règles 1 et 2b » (référence omise).

[61] La membre du Tribunal a examiné le classement visant à déterminer le tarif applicable aux gants de joueurs de hockey sur glace dans une

*Hockey Inc. v. Canada (Border Services Agency, President)* (2011), 15 T.T.R. (2d) 336. In *Sher-Wood*, she concluded that, “as it relates to articles of apparel and clothing accessories, heading No. 39.26 only includes certain articles of plastics, i.e. those that are made by ‘sewing or sealing sheets of plastics’” (p. 362). Before the same Tribunal member, Igloo Vikski did not dispute this interpretation of heading No. 39.26 (paras. 54-55).

[62] A concession, to be considered as such, has to be of a clear nature. Assuming — without deciding — that it is a concession, it should be accorded little to no weight in the context of these proceedings as it was merely Igloo Vikski’s opinion on a matter of law (*Phipson on Evidence* (15th ed. 2000), at para. 28-11), namely the proper interpretation of heading No. 39.26. In addition, Igloo Vikski’s position throughout these proceedings has been that the gloves should be classified pursuant to Rule 3(b), which requires in this case that the gloves be *prima facie* classifiable under both headings No. 39.26 and No. 62.16. The issue of whether the gloves are classifiable under heading No. 39.26 was the subject of a fulsome debate in the proceedings below and before this Court, and should be addressed.

### III. The Tribunal’s Decision Was Unreasonable

[63] The Tribunal’s decision falls outside the range of reasonable interpretations because, as I already said, it contradicts the cascading nature of the General Rules, it is internally contradictory, and it interprets the *Explanatory Notes* in a manner that is irreconcilable with their words.

[64] Turning to the first error in the Tribunal’s reasons, as identified by the Federal Court of Appeal, with respect, my colleague mischaracterizes the issue in this case. The distinction between a conjunctive or hierarchical application of the General Rules as opposed to a cascading application is, in this case, irrelevant. The issue is not whether an application of Rule 2(b) requires that Rule 1 be

affaire semblable (*Sher-Wood Hockey Inc. c. President of the Canada Border Services Agency*, 2011 CarswellNat 7160 (WL Can.)). Elle a conclu dans *Sher-Wood* qu’ « en ce qui concerne les vêtements et les accessoires du vêtement, la position n° 39.26 ne couvre que certains ouvrages en matières plastiques, c.-à-d. ceux qui sont confectionnés par “couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles” » (par. 73). Devant elle, Igloo Vikski n’a pas contesté cette interprétation de la position n° 39.26 (par. 54-55).

[62] Pour être considérée comme telle, une concession doit être claire. S’il s’agit effectivement d’une concession — et je ne me prononce pas sur ce point —, il ne faut y accorder que peu ou pas de poids en l’espèce, car ce n’est que l’opinion d’Igloo Vikski sur un point de droit (*Phipson on Evidence* (15<sup>e</sup> éd. 2000), par. 28-11), c’est-à-dire la bonne interprétation de la position n° 39.26. En outre, Igloo Vikski a fait valoir, et ce dès le début de l’instance, que les gants devaient être classés conformément à la Règle 3b), qui exige en l’occurrence que les gants paraissent devoir être classés dans les positions n°s 39.26 et 62.16. La question de savoir si les gants peuvent être classés dans la position n° 39.26 a fait l’objet de débats approfondis devant les juridictions inférieures et devant notre Cour. Cette question doit être examinée et décidée.

### III. La décision du Tribunal est déraisonnable

[63] La décision du Tribunal n’appartient pas aux interprétations raisonnables, car, je le répète, elle va à l’encontre de la nature dite « en cascade » des Règles générales, elle est intrinsèquement contradictoire et elle fait des *Notes explicatives* une lecture incompatible avec leur libellé.

[64] Quant à la première erreur dans les motifs du Tribunal soulevée par la Cour d’appel fédérale, je suis d’avis que mon collègue a mal caractérisé la question en l’espèce. La distinction entre une application conjonctive ou hiérarchique des Règles générales et une application dite « en cascade » importe peu en l’espèce. La question ne consiste pas à décider si l’application de la Règle 2b) emporte que l’on

forgotten. I agree with my colleague that this is not an available interpretation of the General Rules since Rule 2(b) functions to extend the headings under Rule 1 and, therefore, cannot operate independently of Rule 1. Rather, the error, as identified by the Federal Court of Appeal, is that the Tribunal required as a prerequisite condition to the application of Rule 2(b) that the goods must first meet the description in the heading pursuant to Rule 1.

[65] I agree with the Federal Court of Appeal that this is an error because a good does not need to first meet the description in a heading pursuant to Rule 1 in order for Rule 2(b) to apply. Such a reading is inconsistent with the text of Rule 2(b). It is precisely because certain goods consisting of more than one material or substance cannot be classified under a heading using Rule 1 alone that Rule 2(b) applies. The function of Rule 2(b) is to extend headings referring to a material under Rule 1 to include goods that are composed only partly of the material. In this regard, I agree with my colleague's finding that "[f]or Rule 2(b) to apply, the goods under consideration must, in accordance with Rule 1, meet the description contained in that heading in whole or in part" (para. 45 (emphasis added)). In this case, it is clear that the gloves were composed "in part" of plastics; it was accepted by the parties that the padding in the gloves was made predominantly of plastics (Tribunal's decision, at para. 51).

[66] Despite this, the Tribunal failed to follow the line of inquiry described in the Explanatory Notes to Rule 2(b). The Tribunal did not apply Rule 2(b) to heading No. 39.26 to determine whether Rule 2(b) could extend the heading to include the gloves (per Explanatory Note (XI) to Rule 2(b)), and whether doing so would impermissibly widen the heading to cover goods that cannot be regarded as answering the description in the heading (per Explanatory Note (XII)). According to Explanatory Note (XII),

fasse fi de la Règle 1. Je suis d'accord avec lui pour dire qu'il ne s'agit pas d'une interprétation possible des Règles générales, puisque la Règle 2b) sert à élargir la portée d'une position pour le classement en fonction de la Règle 1 et ne s'applique donc pas indépendamment de cette dernière. Or, l'erreur que la Cour d'appel fédérale reproche au Tribunal est d'avoir exigé comme prérequis que les marchandises satisfassent d'abord à la description de la position, conformément à la Règle 1, pour que la Règle 2b) s'applique.

[65] Je partage l'avis de la Cour d'appel fédérale selon lequel il s'agit d'une erreur, car une marchandise ne doit pas, pour que la Règle 2b) s'applique, satisfaire d'abord aux termes de la position pour le classement en fonction de la Règle 1. Une telle lecture est incompatible avec le libellé de la Règle 2b). C'est précisément parce que certaines marchandises faites d'un mélange de matières ou de substances ne peuvent être classées dans une position en fonction de la Règle 1 seule que la Règle 2b) s'applique. La Règle 2b) a pour fonction d'élargir la portée des positions qui mentionnent une matière de sorte qu'elles puissent servir au classement, en fonction de la Règle 1, de marchandises constituées partiellement de cette matière. À cet égard, je partage l'avis de mon collègue selon qui « [p]our que la Règle 2b) s'applique, la marchandise en question doit, conformément à la Règle 1, répondre aux termes de la position, en tout ou en partie » (par. 45 (je souligne)). En l'espèce, les gants étaient manifestement faits « en partie » de matières plastiques; les parties ont d'ailleurs convenu que le remboursement des gants était constitué pour l'essentiel de matières plastiques (motifs du Tribunal, par. 51).

[66] Malgré tout, le Tribunal n'a pas suivi la démarche décrite dans les Notes explicatives accompagnant la Règle 2b). Il n'a pas appliqué la Règle 2b) à la position n° 39.26 pour voir si la portée de cette dernière pouvait être étendue de manière à y inclure les gants (suivant la Note explicative XI) accompagnant la Règle 2b)) et si cela aurait eu pour effet d'élargir la portée de cette position jusqu'à pouvoir y inclure des articles qui ne répondent pas aux termes des libellés de cette position, ce qui n'est pas permis (suivant la

such impermissible widening would occur if the addition of another material deprived the gloves of the character of the goods of the kind mentioned in the heading. Instead of conducting this analysis, the Tribunal treated Rule 1 as a prerequisite to Rule 2(b), and simply concluded that since the gloves did not answer the description in heading No. 39.26 pursuant to Rule 1 alone, Rule 2(b) could not extend the scope of the heading to include the gloves (para. 69). The Tribunal's finding that Rule 1 must be satisfied as a prerequisite to the application of Rule 2(b) is contrary to the Explanatory Notes to Rule 2(b) and is therefore unreasonable.

[67] The Tribunal's error in failing to apply Rule 2(b) to extend heading No. 39.26 is made even more apparent when compared to the Tribunal's application of Rule 2(b) to extend heading No. 62.16. This brings me to the second error identified by the Federal Court of Appeal. As my colleague observes, the Tribunal had to apply Rule 2(b) in order for heading No. 62.16 to apply to the gloves since the gloves included plastic that constituted more than mere trimming (paras. 36-37). In other words, Rule 1 alone was not sufficient to classify the gloves in heading No. 62.16 nor in *any* heading, and the Tribunal had to resort to Rule 2(b). In this context, the Tribunal's refusal to apply Rules 1 and 2(b) consistently to both headings No. 39.26 and No. 62.16 is internally contradictory and therefore unreasonable.

[68] Third, the Tribunal's interpretation of the Explanatory Note to heading No. 39.26 is unreasonable. That Explanatory Note reads:

This heading covers articles, not elsewhere specified or included, of plastics (as defined in Note 1 to the Chapter) or of other materials of headings 39.01 to 39.14.

Note explicative XII)). Ainsi, si on applique la Note explicative XII), il y a élargissement intolérable de la portée des positions si l'adjonction d'autres matières a pour effet d'enlever aux gants le caractère d'une marchandise reprise dans la position. Le Tribunal, au lieu de procéder à cette analyse, a considéré la Règle 1 comme un préalable à la Règle 2b) et a simplement conclu que, puisque les gants ne répondent pas aux termes de la position n° 39.26 par l'application de la Règle 1 seule, la Règle 2b) ne pouvait élargir la portée de cette position de manière à y inclure les gants (par. 69). La conclusion du Tribunal, selon laquelle il faut que la Règle 1 puisse s'appliquer avant d'appliquer la Règle 2b), est contraire aux Notes explicatives et n'est donc pas raisonnable.

[67] Cette erreur du Tribunal — qui n'a pas appliqué la Règle 2b) de manière à étendre la portée de la position n° 39.26 — ressort encore davantage du fait qu'il a appliqué la Règle 2b) pour étendre la portée de la position n° 62.16. Ce qui m'amène à la deuxième erreur soulevée par la Cour d'appel fédérale. Comme mon collègue le fait remarquer, le Tribunal devait appliquer la Règle 2b) pour que les gants puissent être classés dans la position n° 62.16 puisque ceux-ci comportent du rembourrage en plastique qui excède le rôle de simples garnitures (par. 36-37). Autrement dit, la Règle 1 ne pouvait être appliquée seule pour le classement des gants dans la position n° 62.16 ni dans *aucune* autre position, et le Tribunal a dû recourir à la Règle 2b). Dans ce contexte, le refus du Tribunal d'appliquer les Règles 1 et 2b) uniformément aux positions n° 39.26 et 62.16 est intrinsèquement contradictoire et donc déraisonnable.

[68] Troisièmement, l'interprétation par le Tribunal de la Note explicative accompagnant la position n° 39.26 est déraisonnable. La Note est ainsi rédigée :

La présente position couvre les ouvrages non dénommés ni compris ailleurs en matières plastiques (tels qu'ils sont définis à la Note 1 du présent Chapitre) ou en autres matières des n° 39.01 à 39.14. Sont donc notamment compris ici :

They include:

- (1) Articles of apparel and clothing accessories (**other than toys**) made by sewing or sealing sheets of plastics, e.g., aprons, belts, babies' bibs, raincoats, dress-shields, etc. Detachable plastic hoods remain classified in this heading if presented with the plastic raincoats to which they belong. [Bold emphasis in original; underlining added.]

[69] The Tribunal relied on its own interpretation in *Sher-Wood*, where it concluded that as it relates to articles of apparel and clothing accessories, heading No. 39.26 only includes articles of plastics that are made by “sewing or sealing sheets of plastics” (*Sher-Wood*, at pp. 351 and 362).

[70] In my view, the Tribunal’s interpretation is unreasonable as it is contrary to the words of the Explanatory Note. On a plain reading, the words “they include” (in French “*sont . . . notamment compris*”) clearly indicate that what follows is a non-exhaustive list. The list does not limit what can be classified under heading No. 39.26; it merely describes what types of articles are included.

[71] In *National Bank of Greece (Canada) v. Katsikouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029, this Court had to interpret a standard mortgage clause. La Forest J., writing for the majority, considered the meaning of the word “including” (in French, “*notamment*”) where it follows a general term and is used to introduce a list of specific examples. La Forest J. held that “include” or “including” are “terms of extension, designed to enlarge the meaning of preceding words, and not to limit them” (p. 1041). He further explained that “the natural inference is that the drafter will provide a specific illustration of a subset of a given category of things in order to make it clear that that category extends to things that might otherwise be expected to fall outside it” (p. 1041). Similarly, Professor Ruth Sullivan states that “[t]he purpose of a list of examples following the word ‘including’ is normally to emphasize the broad range of general

- 1) Les vêtements et accessoires du vêtement (**autres que les jouets**) confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles, notamment les tabliers, les ceintures les bavoirs pour bébés, les imperméables et les dessous-de-bras. Les capuchons amovibles en matières plastiques, présentés avec les imperméables en matières plastiques auxquels ils sont destinés, restent classés dans la présente position. [En caractère gras dans l’original; je souligne.]

[69] Le Tribunal a repris en l’espèce l’interprétation qu’il avait donnée dans *Sher-Wood*, où il concluait que la position n° 39.26, lorsqu’il s’agit de vêtements ou d’accessoires du vêtement, ne vise que les articles confectionnés par « couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles » (*Sher-Wood*, par. 44 et 73).

[70] À mon avis, cette interprétation est déraisonnable, car elle est contraire au libellé de la Note explicative. Dans son sens ordinaire, l’expression « sont . . . notamment compris » (« *they include* » en anglais) indique clairement qu’une liste non exhaustive suit. La liste sert, non pas à limiter les articles susceptibles d’être classés dans la position n° 39.26, mais à décrire simplement le genre d’articles compris.

[71] Dans l’arrêt *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029, la Cour était appelée à interpréter une clause hypothécaire type. Écrivant au nom des juges majoritaires, le juge La Forest a analysé la signification du terme « *including* » (« *notamment* » en français) dans les cas où il suit un terme général dans la phrase liminaire et sert à présenter une liste de termes spécifiques. Selon le juge La Forest, les termes « *include* » et « *including* » sont « des termes d’extension, destinés à élargir le sens des termes précédents, et non à les limiter » (p. 1041). Il poursuit en disant qu’« il est naturel de déduire que le rédacteur donnera une illustration précise d’un sous-ensemble d’une catégorie de choses donnée pour montrer clairement que cette catégorie comprend des choses dont, par ailleurs, on pourrait s’attendre à ce qu’elles n’en fassent pas partie » (p. 1041). Dans la même

language and to ensure that it is not inappropriately read down so as to exclude something that is meant to be included" (*Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 74).

[72] A contextual interpretation of the Explanatory Note to heading No. 39.26, consistent with the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37, which informs the interpretation of international instruments, further supports this view. According to Article 31 of the *Vienna Convention*, "[a] treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose." When the Explanatory Note to heading No. 39.26 is read in relation to other Explanatory Notes, it is evident that the drafters used clearly restrictive language where they intended to exclude goods from a heading. Take, for example, the Explanatory Note 3 to Chapter 39, one of the chapters that is presently at issue:

3. Headings 39.01 to 39.11 apply only to goods of a kind produced by chemical synthesis, falling in the following categories:
  - (a) Liquid synthetic polyolefins of which less than 60 % by volume distils at 300 °C, after conversion to 1,013 millibars when a reduced-pressure distillation method is used (headings 39.01 and 39.02);
  - (b) Resins, not highly polymerised, of the coumarone-indene type (heading 39.11);
  - (c) Other synthetic polymers with an average of at least 5 monomer units;
  - (d) Silicones (heading 39.10);
  - (e) Resols (heading 39.09) and other prepolymers. [Emphasis added.]

veine, la professeure Ruth Sullivan indique que [TRA-DUCTION] « [l]’objet d’une liste d’exemples après le terme “including” consiste normalement à mettre en évidence la grande variété de termes généraux et à éviter qu’elle ne soit interprétée restrictivement à tort de sorte qu’un élément qui doit être inclus en soit exclu » (*Sullivan on the Construction of Statutes* (6<sup>e</sup> éd. 2014), p. 74).

[72] Une interprétation contextuelle de la Note explicative accompagnant la position n° 39.26 conforme à la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37, laquelle éclaire l’interprétation des instruments internationaux, étaye également cette conclusion. Aux termes de l’art. 31 de la *Convention de Vienne*, « [u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. » Il ressort de la Note explicative accompagnant la position n° 39.26, lorsqu’on la compare à d’autres Notes explicatives, que les rédacteurs ont employé des termes manifestement restrictifs lorsqu’ils entendaient exclure des marchandises du classement dans une position. Par exemple, la Note explicative 3 accompagnant le Chapitre 39, l’un des chapitres en cause en l’espèce, est ainsi libellée :

3. N’entrent dans les n°s 39.01 à 39.11 que les produits obtenus par voie de synthèse chimique et relevant des catégories ci-après :
  - a) les polyoléfines synthétiques liquides dont moins de 60 % en volume distillent à 300 °C rapportés à 1.013 millibars de mercure par application d’une méthode de distillation à basse pression (n°s 39.01 et 39.02);
  - b) les résines faiblement polymérisées du type coumarone-indène (n° 39.11);
  - c) les autres polymères synthétiques comportant au moins 5 motifs monomères, en moyenne;
  - d) les silicones (n° 39.10);
  - e) les résols (n° 39.09) et les autres prépolymères. [Je souligne.]

[73] Another example is the Explanatory Note 1(u) to Chapter 95 ("Toys, games and sports requisites; parts and accessories thereof"):

1. This Chapter does not cover:

- (u) Racket strings, tents or other camping goods, or gloves, mittens and mitts (classified according to their constituent material); . . . . [Emphasis added.]

[74] Unlike the expressions "apply only" and "does not cover", the term "include" in the Explanatory Note to heading No. 39.26 is open-ended and non-exhaustive. Therefore, read in context, the term "include" does not demonstrate an intention to restrict the heading to the list that follows. In other words, just because the gloves are not made by "sewing or sealing sheets of plastics" does not mean they are excluded from heading No. 39.26. The Tribunal's restrictive interpretation was contrary to both an ordinary and contextual reading of the Explanatory Note and is therefore unreasonable.

[75] For the above reasons, I would dismiss the appeal and confirm the decision of the Federal Court of Appeal to refer the matter back for adjudication, based on an analysis which takes into account the complete application of Explanatory Notes (XI) to (XIII) to Rule 2(b).

*Appeal allowed with costs, CÔTÉ J. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent: Lapointe Rosenstein Marchand Melançon, Montréal; Power Law, Vancouver.*

[73] La Note explicative 1u) accompagnant le Chapitre 95 (« Jouets, jeux, articles pour divertissements ou pour sports; leurs parties et accessoires ») constitue un autre exemple :

1. Le présent Chapitre ne comprend pas:

- u) les cordes pour raquettes, les tentes, les articles de camping et les gants, mitaines et moufles, en toutes matières (régime de la matière constitutive); . . . [Je souligne.]

[74] Contrairement aux expressions restrictives « [n]’entrent [. . .] que » et « ne comprend pas », l’expression « notamment compris » qui figure dans la Note explicative accompagnant la position n° 39.26 est ouverte et non exhaustive. Par conséquent, compte tenu du contexte, l’expression ne dénote pas une intention de restreindre aux éléments énumérés les marchandises susceptibles d’être classées dans la position. Autrement dit, ce n’est pas parce que les gants ne sont pas confectionnés par « couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles » qu’ils doivent être exclus du classement dans la position n° 39.26. L’interprétation restrictive adoptée par le Tribunal est contraire tant à une interprétation selon le contexte qu’à une interprétation selon le sens ordinaire des mots de la Note explicative et est donc déraisonnable.

[75] Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter l’appel et de confirmer la décision de la Cour d’appel fédérale qui avait renvoyé l’affaire au Tribunal pour qu’il procède à une nouvelle analyse en tenant compte cette fois de l’application des Notes explicatives XI) à XIII) accompagnant la Règle 2b).

*Pourvoi accueilli avec dépens, la juge CÔTÉ est dissidente.*

*Procureur de l’appelant : Procureur général du Canada, Vancouver.*

*Procureurs de l’intimée : Lapointe Rosenstein Marchand Melançon, Montréal; Power Law, Vancouver.*

: at paras. 80 - 84 re = standard  
of review  
- at para. 66 re = summary judgment

**Robert Hryniak Appellant**

v.

**Fred Mauldin, Dan Myers, Robert Bloomberg,  
Theodore Landkammer, Lloyd Chelli,  
Stephen Yee, Marvin Cleair, Carolyn Cleair,  
Richard Hanna, Douglas Laird,  
Charles Evans, Lyn White  
and Athena Smith Respondents**

and

**Ontario Trial Lawyers Association and  
Canadian Bar Association Intervenors**

**INDEXED AS: HRYNIAK v. MAULDIN**

**2014 SCC 7**

File No.: 34641.

2013: March 26; 2014: January 23.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO**

*Civil procedure — Summary judgment — Investors bringing action in civil fraud and subsequently bringing a motion for summary judgment — Motion judge granting summary judgment — Purpose of summary judgment motions — Access to justice — Proportionality — Interpretation of recent amendments to Ontario Rules of Civil Procedure — Trial management orders — Standard of review for summary judgment motions — Whether motion judge erred in granting summary judgment — Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rule 20.*

In June 2001, two representatives of a group of American investors met with H and others to discuss an investment opportunity. The group wired US\$1.2 million, which was pooled with other funds and transferred to H's company, Tropos. A few months later, Tropos forwarded more than US\$10 million to an offshore bank and the money disappeared. The investors brought an action for

**Robert Hryniak Appellant**

c.

**Fred Mauldin, Dan Myers, Robert Bloomberg,  
Theodore Landkammer, Lloyd Chelli,  
Stephen Yee, Marvin Cleair, Carolyn Cleair,  
Richard Hanna, Douglas Laird,  
Charles Evans, Lyn White  
et Athena Smith Intimés**

et

**Ontario Trial Lawyers Association et Association  
du Barreau canadien Intervenantes**

**RÉPERTORIÉ : HRYNIAK c. MAULDIN**

**2014 CSC 7**

N° du greffe : 34641.

2013 : 26 mars; 2014 : 23 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis et Wagner.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO**

*Procédure civile — Jugement sommaire — Investisseur intentant une action pour fraude civile et présentant ensuite une requête en jugement sommaire — Requête en jugement sommaire accueillie — Objectif des requêtes en jugement sommaire — Accès à la justice — Propriétionnalité — Interprétation des modifications récentes apportées aux Règles de procédure civile de l'Ontario — Ordonnances de gestion de l'instance — Norme de contrôle applicable aux requêtes en jugement sommaire — Le juge saisi de la requête a-t-il commis une erreur en accueillant la requête en jugement sommaire? — Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 20.*

Au mois de juin 2001, deux représentants d'un groupe d'investisseurs américains ont rencontré H et d'autres personnes afin de discuter d'une possibilité d'investissement. Le groupe a viré 1,2 million de dollars américains et cette somme a été mise en commun avec d'autres fonds et transférée à Tropos, la société de H. Quelques mois plus tard, Tropos a transféré plus de

civil fraud against H and others and subsequently brought a motion for summary judgment. The motion judge used his powers under Rule 20.04(2.1) of the Ontario *Rules of Civil Procedure* (amended in 2010) to weigh the evidence, evaluate credibility, and draw inferences. He concluded that a trial was not required against H. Despite concluding that this case was not an appropriate candidate for summary judgment, the Court of Appeal was satisfied that the record supported the finding that H had committed the tort of civil fraud against the investors, and therefore dismissed H's appeal.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Our civil justice system is premised upon the value that the process of adjudication must be fair and just. This cannot be compromised. However, undue process and protracted trials, with unnecessary expense and delay, can prevent the fair and just resolution of disputes. If the process is disproportionate to the nature of the dispute and the interests involved, then it will not achieve a fair and just result.

A shift in culture is required. The proportionality principle is now reflected in many of the provinces' rules and can act as a touchstone for access to civil justice. The proportionality principle means that the best forum for resolving a dispute is not always that with the most painstaking procedure. Summary judgment motions provide an opportunity to simplify pre-trial procedures and move the emphasis away from the conventional trial in favour of proportional procedures tailored to the needs of the particular case. Summary judgment rules must be interpreted broadly, favouring proportionality and fair access to the affordable, timely and just adjudication of claims.

Rule 20 was amended in 2010 to improve access to justice. These reforms embody the evolution of summary judgment rules from highly restricted tools used to weed out clearly unmeritorious claims or defences to their current status as a legitimate alternative means for adjudicating and resolving legal disputes. They offer significant new tools to judges, which allow them to adjudicate more cases through summary judgment motions and attenuate the risks when such motions do not resolve the

10 millions de dollars américains à une banque étrangère et l'argent a disparu. Les investisseurs ont intenté contre H et d'autres personnes une action pour fraude civile et ont ensuite présenté une requête en jugement sommaire. Le juge saisi de la requête a exercé les pouvoirs que lui confère le par. 20.04(2.1) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario (modifiées en 2010) pour apprécier la preuve, évaluer la crédibilité et tirer des conclusions. Il a conclu que la tenue d'un procès n'était pas nécessaire dans l'instance intentée contre H. Bien qu'elle ait conclu que cette affaire ne se prêtait pas à un jugement sommaire, la Cour d'appel était convaincue que le dossier était la conclusion selon laquelle H avait commis le délit de fraude civile à l'endroit des investisseurs et elle a par conséquent rejeté l'appel de H.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Notre système de justice civile repose sur le principe que le processus décisionnel doit être juste et équitable. Ce principe ne souffre aucun compromis. Or, les formalités excessives et les procès interminables occasionnant des dépenses et des délais inutiles peuvent faire obstacle au règlement juste et équitable des litiges. Si la procédure est disproportionnée par rapport à la nature du litige et aux intérêts en jeu, elle n'aboutira pas à un résultat juste et équitable.

Un virage culturel s'impose. Le principe de la proportionnalité trouve aujourd'hui son expression dans les règles de procédure de nombreuses provinces et peut constituer la pierre d'assise de l'accès au système de justice civile. Le principe de la proportionnalité veut que le meilleur forum pour régler un litige ne soit pas toujours celui dont la procédure est la plus laborieuse. La requête en jugement sommaire offre une possibilité de simplifier les procédures préalables au procès et d'insister moins sur la tenue d'un procès conventionnel et plus sur des procédures proportionnées et adaptées aux besoins de chaque affaire. Les règles régissant les jugements sommaires doivent recevoir une interprétation large et propice à la proportionnalité et à l'accès équitable à un règlement abordable, expéditif et juste des demandes.

La règle 20 a été modifiée en 2010 afin d'améliorer l'accès à la justice. Ces réformes incarnent l'évolution des règles régissant les jugements sommaires, lesquelles passent du statut d'outil à usage très restreint visant à écarter les demandes ou défenses manifestement dénuées de fondement à celui de solution de recharge légitime pour trancher et régler les litiges d'ordre juridique. Les juges disposent ainsi de nouveaux outils importants qui leur permettent de trancher plus de litiges sur requête

entire case. The new powers in Rules 20.04(2.1) and (2.2) expand the number of cases in which there will be no genuine issue requiring a trial by permitting motion judges to weigh evidence, evaluate credibility and draw reasonable inferences.

Summary judgment motions must be granted whenever there is no genuine issue requiring a trial. There will be no genuine issue requiring a trial when the judge is able to reach a fair and just determination on the merits on a motion for summary judgment. This will be the case when the process (1) allows the judge to make the necessary findings of fact, (2) allows the judge to apply the law to the facts, and (3) is a proportionate, more expeditious and less expensive means to achieve a just result.

The new fact-finding powers granted to motion judges in Rule 20.04 may be employed on a motion for summary judgment unless it is in the interest of justice for them to be exercised only at trial. When the use of the new powers would enable a judge to fairly and justly adjudicate a claim, it will generally not be against the interest of justice to do so. The power to hear oral evidence should be employed when it allows the judge to reach a fair and just adjudication on the merits and it is the proportionate course of action. While this is more likely to be the case when the oral evidence required is limited, there will be cases where extensive oral evidence can be heard. Where a party seeks to lead oral evidence, it should be prepared to demonstrate why such evidence would assist the motion judge and to provide a description of the proposed evidence so that the judge will have a basis for setting the scope of the oral evidence.

On a motion for summary judgment under Rule 20.04, the judge should first determine if there is a genuine issue requiring trial based only on the evidence before her, *without* using the new fact-finding powers. There will be no genuine issue requiring a trial if the summary judgment process provides her with the evidence required to fairly and justly adjudicate the dispute and is a timely, affordable and proportionate procedure, under Rule 20.04(2)(a). If there appears to be a genuine issue requiring a trial, she should then determine if the need for a trial can be avoided by using the new powers under Rules 20.04(2.1) and (2.2). Their use will not be against

en jugement sommaire et qui atténuent les risques lorsque pareille requête ne permet pas de trancher l'affaire dans son ensemble. Les nouveaux pouvoirs prévus aux par. 20.04(2.1) et (2.2) des Règles augmentent le nombre d'affaires qui ne soulèvent pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès en permettant au juge saisi d'une requête d'apprécier la preuve, d'évaluer la crédibilité et de tirer des conclusions raisonnables.

La requête en jugement sommaire doit être accueillie dans tous les cas où il n'existe pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès. Il n'existe pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès lorsque le juge est en mesure de statuer justement et équitablement au fond sur une requête en jugement sommaire. Ce sera le cas lorsque la procédure (1) permet au juge de tirer les conclusions de fait nécessaires, (2) lui permet d'appliquer les règles de droit aux faits et (3) constitue un moyen proportionné, plus expéditif et moins coûteux d'arriver à un résultat juste.

Le juge saisi d'une requête en jugement sommaire peut exercer les nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits que lui confère la règle 20.04 à moins qu'il ne soit dans l'intérêt de la justice de ne les exercer que lors d'un procès. Lorsqu'il permettrait au juge de trancher une demande de manière juste et équitable, l'exercice des nouveaux pouvoirs serait généralement dans l'intérêt de la justice. Le pouvoir d'entendre des témoignages oraux devrait être exercé lorsqu'il permet au juge de rendre une décision juste et équitable sur le fond et que son exercice constitue la marche à suivre proportionnée. Ce sera plus probablement le cas lorsque le témoignage oral requis est succinct, mais dans certains cas, la requête en jugement sommaire comportera l'audition de longs témoignages oraux. La partie qui cherche à présenter des témoignages oraux doit être prête à démontrer en quoi ils aideraient le juge saisi de la requête et à fournir un exposé de la preuve proposée afin de permettre au juge d'établir la portée de ces témoignages oraux.

Lors de l'audition d'une requête en jugement sommaire aux termes de la règle 20.04, le juge devrait en premier lieu décider, compte tenu uniquement de la preuve dont il dispose et *sans* recourir aux nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits, s'il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès. Il n'y aura pas de question de ce genre si la procédure de jugement sommaire fournit au juge la preuve nécessaire pour trancher justement et équitablement le litige et constitue une procédure expéditive, abordable et proportionnée selon l'al. 20.04(2)a) des Règles. S'il semble y avoir une véritable question nécessitant la tenue d'un procès,

the interest of justice if they will lead to a fair and just result and will serve the goals of timeliness, affordability and proportionality in light of the litigation as a whole.

Failed, or even partially successful, summary judgment motions add to costs and delay. This risk can be attenuated by a judge who makes use of the trial management powers provided in Rule 20.05 and the court's inherent jurisdiction. These powers allow the judge to use the insight she gained from hearing the summary judgment motion to craft a trial procedure that will resolve the dispute in a way that is sensitive to the complexity and importance of the issue, the amount involved in the case, and the effort expended on the failed motion. Where a motion judge dismisses a motion for summary judgment, in the absence of compelling reasons to the contrary, she should also seize herself of the matter as the trial judge.

Absent an error of law, the exercise of powers under the new summary judgment rule attracts deference. When the motion judge exercises her new fact-finding powers under Rule 20.04(2.1) and determines whether there is a genuine issue requiring a trial, this is a question of mixed fact and law which should not be overturned, absent palpable and overriding error. Similarly, the determination of whether it is in the interest of justice for the motion judge to exercise the new fact-finding powers provided by Rule 20.04(2.1) is also a question of mixed fact and law which attracts deference.

The motion judge did not err in granting summary judgment in the present case. The tort of civil fraud has four elements, which must be proven on a balance of probabilities: (1) a false representation by the defendant; (2) some level of knowledge of the falsehood of the representation on the part of the defendant (whether knowledge or recklessness); (3) the false representation caused the plaintiff to act; (4) the plaintiff's actions resulted in a loss. In granting summary judgment to the group against H, the motion judge did not explicitly address the correct test for civil fraud but his findings are sufficient to make out the cause of action. The motion

le juge devrait alors déterminer si l'exercice des nouveaux pouvoirs prévus aux par. 20.04(2.1) et (2.2) des Règles permettra d'écartier la nécessité d'un procès. L'exercice de ces pouvoirs ne sera pas contraire à l'intérêt de la justice s'il aboutit à un résultat juste et équitable et permettra d'atteindre les objectifs de célérité, d'accessibilité économique et de proportionnalité, compte tenu du litige dans son ensemble.

Qu'elle soit rejetée ou même accueillie en partie, la requête en jugement sommaire occasionne des frais et des délais additionnels. Le juge peut toutefois atténuer ce risque en exerçant la compétence inhérente du tribunal et les pouvoirs de gestion de l'instance prévus à la règle 20.05. Ces pouvoirs permettent au juge de mettre à profit les connaissances acquises lors de l'audition de la requête en jugement sommaire pour élaborer une procédure d'instruction de nature à régler le litige en tenant compte de la complexité et de l'importance de la question soulevée, de la somme en jeu et des efforts déployés lors de l'instruction de la requête rejetée. Le juge qui rejette une requête en jugement sommaire devrait également se saisir de l'instance à titre de juge du procès à moins que des raisons impérieuses l'en empêchent.

En l'absence d'une erreur de droit, l'exercice des pouvoirs que confère la nouvelle règle relative au jugement sommaire commande la retenue. Lorsque le juge saisi d'une requête exerce les nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits que lui confère le par. 20.04(2.1) des Règles et détermine s'il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès, il s'agit d'une question mixte de fait et de droit et sa décision ne doit pas être infirmée en l'absence d'erreur manifeste et dominante. De même, la décision quant à savoir s'il est dans l'intérêt de la justice que le juge saisi d'une requête exerce les nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits prévus au par. 20.04(2.1) des Règles constitue également une question mixte de fait et de droit qui commande la retenue.

Le juge saisi de la requête n'a pas eu tort de rendre un jugement sommaire en l'espèce. Le délit de fraude civile comporte quatre éléments dont il faut prouver l'existence selon la prépondérance des probabilités : (1) une fausse déclaration du défendeur; (2) une certaine connaissance de la fausseté de la déclaration de la part du défendeur (connaissance ou insouciance); (3) le fait que la fausse déclaration a amené le demandeur à agir; (4) le fait que les actes du demandeur ont entraîné une perte. Lorsqu'il a prononcé contre H un jugement sommaire en faveur du groupe, le juge saisi de la requête n'a pas traité explicitement du critère qu'il convient d'appliquer à la fraude

judge found no credible evidence to support H's claim that he was a legitimate trader, and the outcome was therefore clear, so the motion judge concluded there was no issue requiring a trial. It was neither against the interest of justice for the motion judge to use his fact-finding powers nor was his discretionary decision to do so tainted with error.

civile mais ses conclusions suffisent pour établir la cause d'action. Le juge saisi de la requête a conclu qu'il n'existe pas d'élément de preuve crédible à l'appui de la prétention de H selon laquelle ce dernier était un courtier légitime et l'issue était donc claire; ainsi le juge a conclu qu'il n'y avait pas de question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès. L'exercice, par le juge, de ses pouvoirs en matière de recherche des faits n'allait pas à l'encontre de l'intérêt de la justice, et sa décision discrétionnaire d'exercer ces pouvoirs n'était pas non plus entachée d'erreur.

### Cases Cited

**Referred to:** *Bruno Appliance and Furniture, Inc. v. Hryniak*, 2014 SCC 8, [2014] 1 S.C.R. 126; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Medicine Shoppe Canada Inc. v. Devchand*, 2012 ABQB 375, 541 A.R. 312; *Saturley v. CIBC World Markets Inc.*, 2011 NSSC 4, 297 N.S.R. (2d) 371; *Szeto v. Dwyer*, 2010 NLCA 36, 297 Nfld. & P.E.I.R. 311; *Bal Global Finance Canada Corp. v. Aliments Breton (Canada) inc.*, 2010 QCCS 325 (CanLII); *Vaughan v. Warner Communications, Inc.* (1986), 56 O.R. (2d) 242; *Canada (Attorney General) v. Lameman*, 2008 SCC 14, [2008] 1 S.C.R. 372; *Aguonie v. Galion Solid Waste Material Inc.* (1998), 38 O.R. (3d) 161; *Dawson v. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

### Statutes and Regulations Cited

*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, arts. 4.2, 54.1 et seq., 165(4).  
*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 1.04(1), (1.1), 1.05, 20, 20.04(2)(a), (2.1), (2.2), 20.05, 20.06(a).  
*Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, r. 1-3(2).

### Authors Cited

Agrast, Mark David, Juan Carlos Botero and Alejandro Ponce. *World Justice Project Rule of Law Index 2011*. Washington, D.C.: World Justice Project, 2011.  
Ontario. Ministry of the Attorney General. *Civil Justice Reform Project: Summary of Findings and Recommendations*. Toronto: The Ministry, 2007.  
Walsh, Teresa, and Lauren Posloski. "Establishing a Workable Test for Summary Judgment: Are We There Yet?", in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation 2013*. Toronto: Thomson Carswell, 2013, 419.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Bruno Appliance and Furniture, Inc. c. Hryniak*, 2014 CSC 8, [2014] 1 R.C.S. 126; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Medicine Shoppe Canada Inc. c. Devchand*, 2012 ABQB 375, 541 A.R. 312; *Saturley c. CIBC World Markets Inc.*, 2011 NSSC 4, 297 N.S.R. (2d) 371; *Szeto c. Dwyer*, 2010 NLCA 36, 297 Nfld. & P.E.I.R. 311; *Bal Global Finance Canada Corp. c. Aliments Breton (Canada) inc.*, 2010 QCCS 325 (CanLII); *Vaughan c. Warner Communications, Inc.* (1986), 56 O.R. (2d) 242; *Canada (Procureur général) c. Lameman*, 2008 CSC 14, [2008] 1 R.C.S. 372; *Aguonie c. Galion Solid Waste Material Inc.* (1998), 38 O.R. (3d) 161; *Dawson c. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

### Lois et règlements cités

*Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 4.2, 54.1 et suiv., 165(4).  
*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 1.04(1), (1.1), 1.05, 20, 20.04(2)a), (2.1), (2.2), 20.05, 20.06a).  
*Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, règle 1-3(2).

### Doctrine et autres documents cités

Agrast, Mark David, Juan Carlos Botero and Alejandro Ponce. *World Justice Project Rule of Law Index 2011*. Washington, D.C. : World Justice Project, 2011.  
Ontario. Ministère du procureur général. *Projet de réforme du système de justice civile : Résumé des conclusions et des recommandations*. Toronto : Le ministère, 2007.  
Walsh, Teresa, and Lauren Posloski. « Establishing a Workable Test for Summary Judgment : Are We There Yet? », in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation 2013*. Toronto : Thomson Carswell, 2013, 419.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Winkler C.J.O. and Laskin, Sharpe, Armstrong and Rouleau JJ.A.), 2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1, 286 O.A.C. 3, 97 C.C.E.L. (3d) 25, 14 C.P.C. (7th) 242, 13 R.P.R. (5th) 167, 93 B.L.R. (4th) 1, 344 D.L.R. (4th) 193, 10 C.L.R. (4th) 17, [2011] O.J. No. 5431 (QL), 2011 CarswellOnt 13515 (*sub nom. Combined Air Mechanical Services Inc. v. Flesch*), affirming a decision of Grace J., 2010 ONSC 5490, [2010] O.J. No. 4661 (QL), 2010 CarswellOnt 8325. Appeal dismissed.

*Sarit E. Batner, Brandon Kain and Moya J. Graham*, for the appellant.

*Javad Heydary, Jeffrey D. Landmann, David K. Alderson, Michelle Jackson and Jonathan A. Odumeru*, for the respondents.

*Allan Rouben and Ronald P. Bohm*, for the intervener the Ontario Trial Lawyers Association.

*Paul R. Sweeny and David Sterns*, for the intervener the Canadian Bar Association.

The judgment of the Court was delivered by

[1] KARAKATSANIS J.—Ensuring access to justice is the greatest challenge to the rule of law in Canada today. Trials have become increasingly expensive and protracted. Most Canadians cannot afford to sue when they are wronged or defend themselves when they are sued, and cannot afford to go to trial. Without an effective and accessible means of enforcing rights, the rule of law is threatened. Without public adjudication of civil cases, the development of the common law is stunted.

[2] Increasingly, there is recognition that a culture shift is required in order to create an environment promoting timely and affordable access to the civil justice system. This shift entails simplifying pretrial

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Winkler et les juges Laskin, Sharpe, Armstrong et Rouleau), 2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1, 286 O.A.C. 3, 97 C.C.E.L. (3d) 25, 14 C.P.C. (7th) 242, 13 R.P.R. (5th) 167, 93 B.L.R. (4th) 1, 344 D.L.R. (4th) 193, 10 C.L.R. (4th) 17, [2011] O.J. No. 5431 (QL), 2011 CarswellOnt 13515 (*sub nom. Combined Air Mechanical Services Inc. c. Flesch*), qui a confirmé une décision du juge Grace, 2010 ONSC 5490, [2010] O.J. No. 4661 (QL), 2010 CarswellOnt 8325. Pourvoi rejeté.

*Sarit E. Batner, Brandon Kain et Moya J. Graham*, pour l'appelant.

*Javad Heydary, Jeffrey D. Landmann, David K. Alderson, Michelle Jackson et Jonathan A. Odumeru*, pour les intimés.

*Allan Rouben et Ronald P. Bohm*, pour l'intervenante Ontario Trial Lawyers Association.

*Paul R. Sweeny et David Sterns*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — De nos jours, garantir l'accès à la justice constitue le plus grand défi à relever pour assurer la primauté du droit au Canada. Les procès sont de plus en plus coûteux et longs. La plupart des Canadiens n'ont pas les moyens d'intenter une action en justice lorsqu'ils subissent un préjudice ou de se défendre lorsqu'ils sont poursuivis; ils n'ont pas les moyens d'aller en procès. À défaut de moyens efficaces et accessibles de faire respecter les droits, la primauté du droit est compromise. L'évolution de la common law ne peut se poursuivre si les affaires civiles ne sont pas tranchées en public.

[2] On reconnaît de plus en plus qu'un virage culturel s'impose afin de créer un environnement favorable à l'accès expéditif et abordable au système de justice civile. Ce virage implique que

procedures and moving the emphasis away from the conventional trial in favour of proportional procedures tailored to the needs of the particular case. The balance between procedure and access struck by our justice system must come to reflect modern reality and recognize that new models of adjudication can be fair and just.

[3] Summary judgment motions provide one such opportunity. Following the *Civil Justice Reform Project: Summary of Findings and Recommendations* (2007) (the Osborne Report), Ontario amended the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194 (Ontario Rules or Rules) to increase access to justice. This appeal, and its companion, *Bruno Appliance and Furniture, Inc. v. Hryniak*, 2014 SCC 8, [2014] 1 S.C.R. 126, address the proper interpretation of the amended Rule 20 (summary judgment motion).

[4] In interpreting these provisions, the Ontario Court of Appeal placed too high a premium on the “full appreciation” of evidence that can be gained at a conventional trial, given that such a trial is not a realistic alternative for most litigants. In my view, a trial is not required if a summary judgment motion can achieve a fair and just adjudication, if it provides a process that allows the judge to make the necessary findings of fact, apply the law to those facts, and is a proportionate, more expeditious and less expensive means to achieve a just result than going to trial.

[5] To that end, I conclude that summary judgment rules must be interpreted broadly, favouring proportionality and fair access to the affordable, timely and just adjudication of claims.

[6] As the Court of Appeal observed, the inappropriate use of summary judgment motions creates

l’on simplifie les procédures préalables au procès et que l’on insiste moins sur la tenue d’un procès conventionnel et plus sur des procédures proportionnées et adaptées aux besoins de chaque affaire. L’équilibre entre la procédure et l’accès à la justice qu’établit notre système de justice doit en venir à refléter la réalité contemporaine et à reconnaître que de nouveaux modèles de règlement des litiges peuvent être justes et équitables.

[3] La requête en vue d’obtenir un jugement sommaire offre une occasion d’atteindre ces objectifs. À la suite du rapport de 2007 intitulé *Projet de réforme du système de justice civile : Résumé des conclusions et des recommandations* (le rapport Osborne), l’Ontario a modifié ses *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194 (les *Règles* de l’Ontario ou les *Règles*) afin d’améliorer l’accès à la justice. Le présent pourvoi et le pourvoi connexe, *Bruno Appliance and Furniture, Inc. c. Hryniak*, 2014 CSC 8, [2014] 1 R.C.S. 126, portent sur l’interprétation correcte de la règle 20 (requête en jugement sommaire) modifiée.

[4] Lorsqu’elle a interprété les dispositions de cette règle, la Cour d’appel de l’Ontario a accordé trop d’importance à la « pleine appréciation » que l’on peut faire de la preuve lors d’un procès conventionnel, étant donné que pareil procès ne constitue pas une solution de rechange réaliste pour la plupart des parties à un litige. À mon avis, la tenue d’un procès n’est pas nécessaire si une requête en jugement sommaire peut déboucher sur une décision juste et équitable, si elle offre un processus qui permet au juge de tirer les conclusions de fait nécessaires, d’appliquer les règles de droit à ces faits et si elle constitue, par rapport au procès, un moyen proportionné, plus expéditif et moins onéreux d’arriver à un résultat juste.

[5] Je conclus à cette fin que les règles régissant les jugements sommaires doivent recevoir une interprétation large et propice à la proportionnalité et à l’accès équitable à un règlement abordable, expéditif et juste des demandes.

[6] Comme l’a indiqué la Cour d’appel, le recours inapproprié à la requête en jugement sommaire

its own costs and delays. However, judges can mitigate such risks by making use of their powers to manage and focus the process and, where possible, remain seized of the proceedings.

[7] While I differ in part on the interpretation of Rule 20, I agree with the Court of Appeal's disposition of the matter and would dismiss the appeal.

### I. Facts

[8] More than a decade ago, a group of American investors, led by Fred Mauldin (the Mauldin Group), placed their money in the hands of Canadian "traders". Robert Hryniak was the principal of the company Tropos Capital Inc., which traded in bonds and debt instruments; Gregory Peebles, is a corporate-commercial lawyer (formerly of Cassels Brock & Blackwell) who acted for Hryniak, Tropos and Robert Cranston, formerly a principal of a Panamanian company, Frontline Investments Inc.

[9] In June 2001, two members of the Mauldin Group met with Cranston, Peebles, and Hryniak, to discuss an investment opportunity.

[10] At the end of June 2001, the Mauldin Group wired US\$1.2 million to Cassels Brock, which was pooled with other funds and transferred to Tropos. A few months later, Tropos forwarded more than US\$10 million to an offshore bank, and the money disappeared. Hryniak claims that at this point, Tropos' funds, including the funds contributed by the Mauldin Group, were stolen.

[11] Beyond a small payment of US\$9,600 in February 2002, the Mauldin Group lost its investment.

occasionne lui-même des frais et des délais. Or, le juge peut atténuer ces risques en exerçant ses pouvoirs de gérer et de circonscrire la procédure et, si possible, en demeurant saisi de l'instance.

[7] Bien que mon interprétation de la règle 20 diffère en partie de celle de la Cour d'appel, je souscris à sa décision en l'espèce et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

### I. Les faits

[8] Il y a plus de 10 ans, un groupe d'investisseurs américains, dirigé par Fred Mauldin (le Groupe Mauldin), ont confié leur argent à des « courtiers » canadiens. Robert Hryniak était le dirigeant de la société Tropos Capital Inc., qui faisait le commerce des obligations et des titres de créance; Gregory Peebles, un avocat spécialisé en droit des sociétés et en droit commercial (ancien avocat du cabinet Cassels Brock & Blackwell), représentait M. Hryniak, Tropos et Robert Cranston, l'ancien dirigeant d'une société panaméenne, Frontline Investments Inc.

[9] Au mois de juin 2001, deux membres du Groupe Mauldin ont rencontré MM. Cranston, Peebles et Hryniak pour discuter d'une possibilité d'investissement.

[10] À la fin juin 2001, le Groupe Mauldin a viré 1,2 million de dollars américains à Cassels Brock; cette somme a été mise en commun avec d'autres fonds et transférée à Tropos. Quelques mois plus tard, Tropos a transféré plus de 10 millions de dollars américains à une banque étrangère et l'argent a disparu. M. Hryniak soutient qu'à ce stade, les fonds appartenant à Tropos, y compris ceux versés par le Groupe Mauldin, ont été dérobés.

[11] À part un paiement modique de 9 600 dollars américains versé en février 2002, le Groupe Mauldin a perdu son placement.

## II. Judicial History

### A. *Ontario Superior Court of Justice, 2010 ONSC 5490 (CanLII)*

[12] The Mauldin Group joined with Bruno Appliance and Furniture, Inc. (the appellants in the companion appeal) in an action for civil fraud against Hryniak, Peebles and Cassels Brock. They brought motions for summary judgment, which were heard together.

[13] In hearing the motions, the judge used his powers under the new Rule 20.04(2.1) to weigh the evidence, evaluate credibility, and draw inferences. He found that the Mauldin Group's money was disbursed by Cassels Brock to Hryniak's company, Tropos, but that there was no evidence to suggest that Tropos had ever set up a trading program. Contrary to the investment strategy that Hryniak had described to the investors, the Mauldin Group's money was placed in an account with the offshore New Savings Bank, and then disappeared. He rejected Hryniak's claim that members of the New Savings Bank had stolen the Mauldin Group's money.

[14] The motion judge concluded that a trial was not required against Hryniak. However, he dismissed the Mauldin Group's motion for summary judgment against Peebles, because that claim involved factual issues, particularly with respect to Peebles' credibility and involvement in a key meeting, which required a trial. Consequently, he also dismissed the motion for summary judgment against Cassels Brock, as those claims were based on the theory that the firm was vicariously liable for Peebles' conduct.

## II. Historique judiciaire

### A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario, 2010 ONSC 5490 (CanLII)*

[12] Le Groupe Mauldin s'est joint à Bruno Appliance and Furniture, Inc. (l'appelante dans le pourvoi connexe) en vue d'intenter une action pour fraude civile contre M. Hryniak, M. Peebles et Cassels Brock. Ils ont présenté des requêtes en jugement sommaire qui ont été instruites ensemble.

[13] Lors de l'audition des requêtes, le juge a exercé les pouvoirs que lui confère le nouveau par. 20.04(2.1) des Règles pour apprécier la preuve, évaluer la crédibilité des témoins et tirer des conclusions de la preuve. Il a conclu que les fonds du Groupe Mauldin avaient été versés par Cassels Brock à la société de M. Hryniak, Tropos, mais qu'aucune preuve ne tendait à démontrer que Tropos ait jamais établi un programme de transaction de titres. Contrairement à la stratégie de placement que M. Hryniak avait présentée aux investisseurs, les fonds du Groupe Mauldin ont été placés dans un compte ouvert à une banque étrangère, la New Savings Bank, pour ensuite disparaître. Le juge a rejeté la prétention de M. Hryniak que des employés de la New Savings Bank avaient dérobé les fonds du Groupe Mauldin.

[14] Le juge saisi de la requête a conclu que la tenue d'un procès n'était pas nécessaire dans l'instance à l'égard de M. Hryniak. Toutefois, il a rejeté la requête du Groupe Mauldin visant à obtenir un jugement sommaire contre M. Peebles parce que cette demande soulevait des questions de fait, particulièrement en ce qui concerne la crédibilité de M. Peebles et sa participation à une réunion importante, questions qui nécessitaient la tenue d'un procès. Par conséquent, il a rejeté également la requête visant à obtenir un jugement sommaire contre Cassels Brock, puisque les demandes en cause reposaient sur la thèse selon laquelle ce cabinet était responsable du fait d'autrui pour la conduite de M. Peebles.

B. *Court of Appeal for Ontario*, 2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1

[15] The Court of Appeal simultaneously heard Hryniak's appeal of this matter, the companion *Bruno Appliance* appeal, and three other matters which are not before this Court. This was the first occasion on which the Court of Appeal considered the new Rule 20.

[16] The Court of Appeal set out a threshold test for when a motion judge could employ the new evidentiary powers available under Rule 20.04(2.1) to grant summary judgment under Rule 20.04(2)(a). Under this test, the "interest of justice" requires that the new powers be exercised only at trial, unless a motion judge can achieve the "full appreciation" of the evidence and issues required to make dispositive findings on a motion for summary judgment. The motion judge should assess whether the benefits of the trial process, including the opportunity to hear and observe witnesses, to have the evidence presented by way of a trial narrative, and to experience the fact-finding process first-hand, are necessary to fully appreciate the evidence in the case.

[17] The Court of Appeal suggested that cases requiring multiple factual findings, based on conflicting evidence from a number of witnesses, and involving an extensive record, are generally not fit for determination in this manner. Conversely, cases driven by documents, with few witnesses, and limited contentious factual issues are appropriate candidates for summary judgment.

[18] The Court of Appeal advised motion judges to make use of the power to hear oral evidence, under Rule 20.04(2.2), to hear only from a limited number of witnesses on discrete issues that are determinative of the case.

B. *Cour d'appel de l'Ontario*, 2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1

[15] La Cour d'appel a entendu en même temps l'appel interjeté par M. Hryniak, l'appel connexe contre Bruno Appliance et trois autres affaires dont notre Cour n'est pas saisie. C'était la première occasion pour la Cour d'appel d'examiner la nouvelle règle 20.

[16] La Cour d'appel a énoncé un critère préliminaire applicable pour déterminer dans quelles circonstances un juge saisi d'une requête peut exercer les nouveaux pouvoirs en matière de preuve prévus au par. 20.04(2.1) des Règles pour rendre un jugement sommaire en vertu de l'al. 20.04(2)a). Selon ce critère, « l'intérêt de la justice » exige que les nouveaux pouvoirs ne soient exercés que lors d'un procès, sauf si un juge saisi d'une requête peut procéder à la « pleine appréciation » de la preuve et des questions en litige qui s'impose pour tirer des conclusions décisives sur une requête en jugement sommaire. Le juge saisi de la requête doit déterminer si les avantages qu'offre la tenue d'un procès, notamment la possibilité d'entendre et d'observer les témoins, de faire présenter les éléments de preuve sous forme de récit et de participer soi-même à la recherche des faits, sont nécessaires pour apprécier pleinement la preuve au dossier.

[17] Selon la Cour d'appel, il ne convient pas en général de trancher de cette manière les affaires qui exigent du tribunal qu'il tire de multiples conclusions de fait, dans lesquelles plusieurs témoins ont fait des dépositions contradictoires et dont le dossier est volumineux. À l'inverse, les affaires qui se prêtent bien au jugement sommaire sont celles dans lesquelles les documents occupent une place prépondérante; il y a peu de témoins et les questions de fait litigieuses sont limitées.

[18] La Cour d'appel a conseillé aux juges saisis d'une requête d'exercer le pouvoir d'entendre des témoignages oraux, aux termes du par. 20.04(2.2) des Règles, et de n'entendre qu'un nombre restreint de témoins sur des questions distinctes qui sont déterminantes pour l'issue de l'affaire.

[19] The Court of Appeal concluded that, given its factual complexity and voluminous record, the Mauldin Group's action was the type of action for which a trial is generally required. There were numerous witnesses, various theories of liability against multiple defendants, serious credibility issues, and an absence of reliable documentary evidence. Moreover, since Hryniak and Peebles had cross-claimed against each other and a trial would nonetheless be required against the other defendants, summary judgment would not serve the values of better access to justice, proportionality, and cost savings.

[20] Despite concluding that this case was not an appropriate candidate for summary judgment, the Court of Appeal was satisfied that the record supported the finding that Hryniak had committed the tort of civil fraud against the Mauldin Group, and therefore dismissed Hryniak's appeal.

### III. Outline

[21] In determining the general principles to be followed with respect to summary judgment, I will begin with the values underlying timely, affordable and fair access to justice. Next, I will turn to the role of summary judgment motions generally and the interpretation of Rule 20 in particular. I will then address specific judicial tools for managing the risks of summary judgment motions.

[22] Finally, I will consider the appropriate standard of review and whether summary judgment should have been granted to the respondents.

### IV. Analysis

#### A. *Access to Civil Justice: A Necessary Culture Shift*

[23] This appeal concerns the values and choices underlying our civil justice system, and the ability

[19] La Cour d'appel a conclu que l'action intentée par le Groupe Mauldin était du type de celles qui nécessitent généralement la tenue d'un procès, compte tenu de la complexité des faits en cause et de son dossier volumineux. L'action exigeait l'audition de nombreux témoins, l'examen de plusieurs thèses relatives à la responsabilité de multiples défendeurs, l'examen de questions importantes de crédibilité et il n'y avait pas d'éléments de preuve documentaire fiables. De plus, puisque MM. Hryniak et Peebles avaient présenté des demandes entre défendeurs et qu'un procès serait néanmoins nécessaire contre les autres défendeurs, le jugement sommaire ne favoriserait pas le principe d'un meilleur accès à la justice, la proportionnalité et les économies.

[20] Bien qu'elle ait conclu que la présente affaire ne se prêtait pas à un jugement sommaire, la Cour d'appel était convaincue que le dossier étayait la conclusion selon laquelle M. Hryniak avait commis le délit de fraude civile à l'endroit du Groupe Mauldin et elle a par conséquent rejeté l'appel de M. Hryniak.

### III. Aperçu

[21] Pour établir les principes généraux applicables en matière de jugement sommaire, je me pencherai d'abord sur les valeurs qui sous-tendent l'accès expéditif, abordable et équitable à la justice. J'examinerai ensuite de façon générale le rôle de la requête en jugement sommaire et, plus particulièrement, l'interprétation de la règle 20. J'examinerai alors les outils judiciaires précis de gestion des risques posés par la requête en jugement sommaire.

[22] Enfin, j'examinerai la norme de contrôle applicable et la question de savoir s'il y avait lieu de rendre un jugement sommaire en faveur des intimés.

### IV. Analyse

#### A. *Accès au système de justice civile : un virage culturel nécessaire*

[23] Le présent pourvoi traite des valeurs et des choix à la base de notre système de justice

of ordinary Canadians to access that justice. Our civil justice system is premised upon the value that the process of adjudication must be fair and just. This cannot be compromised.

[24] However, undue process and protracted trials, with unnecessary expense and delay, can prevent the fair and just resolution of disputes. The full trial has become largely illusory because, except where government funding is available,<sup>1</sup> ordinary Canadians cannot afford to access the adjudication of civil disputes.<sup>2</sup> The cost and delay associated with the traditional process means that, as counsel for the intervenor the Advocates' Society (in *Bruno Appliance*) stated at the hearing of this appeal, the trial process denies ordinary people the opportunity to have adjudication. And while going to trial has long been seen as a last resort, other dispute resolution mechanisms such as mediation and settlement are more likely to produce fair and just results when adjudication remains a realistic alternative.

[25] Prompt judicial resolution of legal disputes allows individuals to get on with their lives. But, when court costs and delays become too great,

civile, ainsi que de la faculté, pour les Canadiens ordinaires, d'avoir accès à ce système. Notre système de justice civile repose sur le principe que le processus décisionnel doit être juste et équitable. Ce principe ne souffre aucun compromis.

[24] Or, les formalités excessives et les procès interminables occasionnant des dépenses et des délais inutiles peuvent faire obstacle au règlement juste et équitable des litiges. La tenue d'un procès complet est devenue largement illusoire parce que, sans une contribution financière de l'État<sup>1</sup>, les Canadiens ordinaires n'ont pas les moyens d'avoir accès au règlement judiciaire des litiges civils<sup>2</sup>. Les coûts et les délais associés au processus traditionnel font en sorte que, comme l'a mentionné l'avocat de l'intervenante Advocates' Society (dans *Bruno Appliance*) à l'audition du présent pourvoi, le procès prive les gens ordinaires de la possibilité de faire trancher le litige. Alors que l'instruction d'une action en justice est depuis longtemps considérée comme une mesure de dernier recours, d'autres mécanismes de règlement des litiges, comme la médiation et la transaction, sont davantage susceptibles de donner des résultats justes et équitables lorsque la décision judiciaire demeure une solution de rechange réaliste.

[25] Le règlement expéditif des litiges par les tribunaux permet aux personnes concernées d'aller de l'avant. Toutefois, lorsque les coûts et les délais

1 For instance, state funding is available in the child welfare context under G. (J.) orders even where legal aid is not available (see *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46), or for cases involving certain minority rights (see the Language Rights Support Program).

2 In M. D. Agrast, J. C. Botero and A. Ponce, the 2011 *Rule of Law Index*, published by the World Justice Project, Canada ranked 9th among 12 European and North American countries in access to justice. Although Canada scored among the top 10 countries in the world in four rule of law categories (limited government powers, order and security, open government, and effective criminal justice), its lowest scores were in access to civil justice. This ranking is "partially explained by shortcomings in the affordability of legal advice and representation, and the lengthy duration of civil cases" (p. 23).

1 Par exemple, l'État peut accorder des fonds dans des cas de protection de l'enfance à la suite d'ordonnances fondées sur l'arrêt G. (J.) même lorsque l'aide juridique n'est pas offerte (voir *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46), ou encore dans des cas où certains droits des minorités sont en jeu (voir le Programme d'appui aux droits linguistiques).

2 Dans l'édition de 2011 du *Rule of Law Index* de M. D. Agrast, J. C. Botero et A. Ponce, publié par le World Justice Project, le Canada se classait au 9<sup>e</sup> rang parmi 12 pays de l'Europe et de l'Amérique du Nord au chapitre de l'accès à la justice. Bien que le Canada se soit classé parmi les 10 premiers pays au monde dans quatre catégories liées à la primauté du droit (pouvoirs limités du gouvernement, maintien de l'ordre et de la sécurité, transparence du gouvernement et système de justice pénale efficace), il a enregistré ses résultats les plus faibles dans la catégorie de l'accès au système de justice civile. Ce classement [TRADUCTION] « s'explique en partie par les failles relevées dans l'accessibilité économique des conseils juridiques et des services de représentation ainsi que par la longue durée des instances civiles » (p. 23).

people look for alternatives or simply give up on justice. Sometimes, they choose to represent themselves, often creating further problems due to their lack of familiarity with the law.

[26] In some circles, private arbitration is increasingly seen as an alternative to a slow judicial process. But private arbitration is not the solution since, without an accessible public forum for the adjudication of disputes, the rule of law is threatened and the development of the common law undermined.

[27] There is growing support for alternative adjudication of disputes and a developing consensus that the traditional balance struck by extensive pre-trial processes and the conventional trial no longer reflects the modern reality and needs to be re-adjusted. A proper balance requires simplified and proportionate procedures for adjudication, and impacts the role of counsel and judges. This balance must recognize that a process can be fair and just, without the expense and delay of a trial, and that alternative models of adjudication are no less legitimate than the conventional trial.

[28] This requires a shift in culture. The principal goal remains the same: a fair process that results in a just adjudication of disputes. A fair and just process must permit a judge to find the facts necessary to resolve the dispute and to apply the relevant legal principles to the facts as found. However, that process is illusory unless it is also accessible — proportionate, timely and affordable. The proportionality principle means that the best forum for resolving a dispute is not always that with the most painstaking procedure.

[29] There is, of course, always some tension between accessibility and the truth-seeking function but, much as one would not expect a jury trial over a contested parking ticket, the procedures used to adjudicate civil disputes must fit the nature of the claim. If the process is disproportionate to the

judiciaires deviennent excessifs, les gens cherchent d'autres solutions ou renoncent tout simplement à obtenir justice. Ils décident parfois de se représenter eux-mêmes, ce qui entraîne souvent d'autres difficultés en raison de leur méconnaissance du droit.

[26] Dans certains milieux, l'arbitrage privé est de plus en plus considéré comme une solution de rechange à un processus judiciaire lent. Or, ce n'est pas la solution : en l'absence d'un forum public accessible pour faire trancher les litiges, la primauté du droit est compromise et l'évolution de la common law, freinée.

[27] Les solutions de rechange au règlement des différents recueillent de plus en plus d'appuis et il se dégage un consensus sur le fait que l'équilibre traditionnel entre les longues procédures préalables au procès et le procès conventionnel ne correspond plus à la réalité actuelle et doit être rajusté. L'atteinte d'un juste équilibre exige la mise en place de procédures de règlement des litiges simplifiées et proportionnées, et influe sur le rôle des avocats et des juges. Il faut reconnaître par cet équilibre qu'un processus peut être juste et équitable sans entraîner les dépenses et les délais propres au procès, et que les autres modèles de règlement des litiges sont aussi légitimes que le procès conventionnel.

[28] Un virage culturel s'impose. L'objectif principal demeure le même : une procédure équitable qui aboutit au règlement juste des litiges. Une procédure juste et équitable doit permettre au juge de dégager les faits nécessaires au règlement du litige et d'appliquer les principes juridiques pertinents aux faits établis. Or, cette procédure reste illusoire si elle n'est pas également accessible — soit proportionnée, expéditive et abordable. Le principe de la proportionnalité veut que le meilleur forum pour régler un litige ne soit pas toujours celui dont la procédure est la plus laborieuse.

[29] De toute évidence, il existe toujours un certain tiraillement entre l'accessibilité et la fonction de recherche de la vérité, mais, tout comme l'on ne s'attend pas à la tenue d'un procès avec jury dans le cas d'une contravention de stationnement contestée, les procédures en place pour trancher des

nature of the dispute and the interests involved, then it will not achieve a fair and just result.

[30] The proportionality principle is now reflected in many of the provinces' rules and can act as a touchstone for access to civil justice.<sup>3</sup> For example, Ontario Rules 1.04(1) and (1.1) provide:

**1.04 (1)** These rules shall be liberally construed to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every civil proceeding on its merits.

(1.1) In applying these rules, the court shall make orders and give directions that are proportionate to the importance and complexity of the issues, and to the amount involved, in the proceeding.

[31] Even where proportionality is not specifically codified, applying rules of court that involve discretion "includes . . . an underlying principle of proportionality which means taking account of the appropriateness of the procedure, its cost and impact on the litigation, and its timeliness, given the nature and complexity of the litigation": *Szeto v. Dwyer*, 2010 NLCA 36, 297 Nfld. & P.E.I.R. 311, at para. 53.

[32] This culture shift requires judges to actively manage the legal process in line with the principle of proportionality. While summary judgment motions can save time and resources, like most pre-trial procedures, they can also slow down the proceedings if used inappropriately. While judges can and should play a role in controlling such risks,

litiges civils doivent être adaptées à la nature de la demande. Si la procédure est disproportionnée par rapport à la nature du litige et aux intérêts en jeu, elle n'aboutira pas à un résultat juste et équitable.

[30] Le principe de la proportionnalité trouve aujourd'hui son expression dans les règles de procédure de nombreuses provinces et peut constituer la pierre d'assise de l'accès au système de justice civile<sup>3</sup>. Par exemple, les par. 1.04(1) et (1.1) des Règles de l'Ontario prévoient ce qui suit :

**1.04 (1)** Les présentes règles doivent recevoir une interprétation large afin d'assurer la résolution équitable sur le fond de chaque instance civile, de la façon la plus expéditive et la moins onéreuse.

(1.1) Lorsqu'il applique les présentes règles, le tribunal rend des ordonnances et donne des directives qui sont proportionnées à l'importance et au degré de complexité des questions en litige ainsi qu'au montant en jeu dans l'instance.

[31] Même si la proportionnalité n'est pas expressément codifiée, l'application de règles de procédure qui font intervenir un pouvoir discrétionnaire [TRADUCTION] « englobe [...] un principe sous-jacent de proportionnalité, selon lequel il faut tenir compte de l'opportunité de la procédure, de son coût, de son incidence sur le litige et de sa célérité, selon la nature et la complexité du litige » : *Szeto c. Dwyer*, 2010 NLCA 36, 297 Nfld. & P.E.I.R. 311, par. 53.

[32] Ce virage culturel oblige les juges à gérer activement le processus judiciaire dans le respect du principe de la proportionnalité. La requête en jugement sommaire peut permettre d'économiser temps et ressources, mais, à l'instar de la plupart des procédures préalables au procès, elle peut ralentir l'instance si elle est utilisée de manière

<sup>3</sup> This principle has been expressly codified in British Columbia, Ontario, and Quebec: *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, Rule 1-3(2); *Ontario Rules*, Rule 1.04(1.1); and *Code of Civil Procedure*, R.S.Q. c. C-25, art. 4.2. Aspects of Alberta's and Nova Scotia's rules of court have also been interpreted as reflecting proportionality: *Medicine Shoppe Canada Inc. v. Devchand*, 2012 ABQB 375, 541 A.R. 312, at para. 11; *Saturley v. CIBC World Markets Inc.*, 2011 NSSC 4, 297 N.S.R. (2d) 371, at para. 12.

<sup>3</sup> Ce principe a été expressément codifié en Colombie-Britannique, en Ontario et au Québec : *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, par. 1-3(2); *Règles de l'Ontario*, par. 1.04(1.1); et *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 4.2. Certaines dispositions des règles de procédure de l'Alberta et de la Nouvelle-Écosse ont également été considérées comme illustrant la proportionnalité : *Medicine Shoppe Canada Inc. c. Devchand*, 2012 ABQB 375, 541 A.R. 312, par. 11; *Saturley c. CIBC World Markets Inc.*, 2011 NSSC 4, 297 N.S.R. (2d) 371, par. 12.

counsel must, in accordance with the traditions of their profession, act in a way that facilitates rather than frustrates access to justice. Lawyers should consider their client's limited means and the nature of their case and fashion proportionate means to achieve a fair and just result.

[33] A complex claim may involve an extensive record and a significant commitment of time and expense. However, proportionality is inevitably comparative; even slow and expensive procedures can be proportionate when they are the fastest and most efficient alternative. The question is whether the added expense and delay of fact finding at trial is necessary to a fair process and just adjudication.

#### B. Summary Judgment Motions

[34] The summary judgment motion is an important tool for enhancing access to justice because it can provide a cheaper, faster alternative to a full trial. With the exception of Quebec, all provinces feature a summary judgment mechanism in their respective rules of civil procedure.<sup>4</sup> Generally, summary judgment is available where there is no genuine issue for trial.

[35] Rule 20 is Ontario's summary judgment procedure, under which a party may move for summary judgment to grant or dismiss all or part of a claim. While Ontario's Rule 20 in some ways goes further than other rules throughout the country, the values

<sup>4</sup> Quebec has a procedural device for disposing of abusive claims summarily: see arts. 54.1 *et seq.* of the *Code of Civil Procedure*. While this procedural device is narrower on its face, it has been likened to summary judgment: see *Bal Global Finance Canada Corp. v. Aliments Breton (Canada) inc.*, 2010 QCCS 325 (CanLII). Moreover, s. 165(4) of the *Code* provides that the defendant may ask for an action to be dismissed if the suit is "unfounded in law".

inappropriée. Bien que les juges puissent contribuer à la réduction de ce risque, et devraient le faire, les avocats doivent, conformément aux traditions de leur profession, agir de manière à faciliter plutôt qu'à empêcher l'accès à la justice. Ils devraient ainsi tenir compte des moyens limités de leurs clients et de la nature de leur dossier et élaborer des moyens proportionnés d'arriver à un résultat juste et équitable.

[33] Une demande complexe peut comporter un dossier volumineux et exiger un investissement important en temps et en argent. Toutefois, la proportionnalité est forcément de nature comparative; même les procédures lentes et coûteuses peuvent s'avérer proportionnées lorsqu'elles constituent la solution la plus rapide et la plus efficace. La question est de savoir si les frais et les délais additionnels occasionnés par la recherche des faits lors du procès sont essentiels à un processus décisionnel juste et équitable.

#### B. Requêtes en jugement sommaire

[34] La requête en jugement sommaire constitue un outil important pour faciliter l'accès à la justice parce qu'elle peut offrir une solution de rechange au procès complet plus abordable et plus rapide que celui-ci. À l'exception du Québec, toutes les provinces prévoient dans leurs règles de procédure civile respectives des dispositions relatives au jugement sommaire<sup>4</sup>. En règle générale, le tribunal peut rendre un jugement sommaire si aucune véritable question litigieuse ne requiert un procès.

[35] La règle 20 énonce la procédure de jugement sommaire à suivre en Ontario; une partie peut demander, par voie de requête, un jugement sommaire accueillant ou rejetant en totalité ou en partie la demande. Bien que la règle 20 de l'Ontario

<sup>4</sup> Le Québec dispose d'un mécanisme procédural pour écarter sommairement les demandes abusives : voir les art. 54.1 et suiv. du *Code de procédure civile*. Bien qu'il ait une portée plus circonscrite à première vue, ce mécanisme a été assimilé au jugement sommaire : voir *Bal Global Finance Canada Corp. c. Aliments Breton (Canada) inc.*, 2010 QCCS 325 (CanLII). De plus, selon le par. 165(4) du *Code*, le défendeur peut solliciter le rejet de l'action si la demande « n'est pas fondée en droit ».

and principles underlying its interpretation are of general application.

[36] Rule 20 was amended in 2010, following the recommendations of the Osborne Report, to improve access to justice. These reforms embody the evolution of summary judgment rules from highly restricted tools used to weed out clearly unmeritorious claims or defences to their current status as a legitimate alternative means for adjudicating and resolving legal disputes.

[37] Early summary judgment rules were quite limited in scope and were available only to plaintiffs with claims based on debt or liquidated damages, where no real defence existed.<sup>5</sup> Summary judgment existed to avoid the waste of a full trial in a clear case.

[38] In 1985, the then new Rule 20 extended the availability of summary judgement to both plaintiffs and defendants and broadened the scope of cases that could be disposed of on such a motion. The rules were initially interpreted expansively, in line with the purposes of the rule changes.<sup>6</sup> However, appellate jurisprudence limited the powers of judges and effectively narrowed the purpose of motions for summary judgment to merely ensuring that: “claims that have no chance of success [are] weeded out at an early stage”.<sup>7</sup>

aille en quelque sorte plus loin que d'autres règles applicables ailleurs au pays, les valeurs et les principes sur lesquels repose son interprétation sont d'application générale.

[36] Afin d'améliorer l'accès à la justice, la règle 20 a été modifiée en 2010 suivant les recommandations formulées dans le rapport Osborne. Ces réformes incarnent l'évolution des règles régissant les jugements sommaires, lesquelles passent du statut d'outil à usage très restreint visant à écarter les demandes ou défenses manifestement dénuées de fondement à celui de solution de rechange légitime pour trancher et régler les litiges d'ordre juridique.

[37] Les premières règles régissant les jugements sommaires avaient une portée assez limitée et seul pouvait y avoir recours le demandeur dont la réclamation visait une créance ou des dommages-intérêts conventionnels et à laquelle aucune véritable défense ne pouvait être opposée<sup>5</sup>. La procédure de jugement sommaire avait pour raison d'être de prévenir le recours injustifié au procès complet dans un cas manifeste.

[38] En 1985, ce qui était alors la nouvelle règle 20 a permis tant au demandeur qu'au défendeur de solliciter un jugement sommaire et a élargi l'éventail des affaires pouvant être tranchées sur requête en ce sens. Au départ, les dispositions de cette règle étaient interprétées libéralement, en conformité avec l'objet des modifications apportées à la règle<sup>6</sup>. Toutefois, les cours d'appel ont limité les pouvoirs des juges et circonscrit en fait l'objet des requêtes en jugement sommaire pour simplement faire en sorte que « les demandes qui n'ont aucune chance de succès soient écartées tôt dans le processus »<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> For a thorough review of the history of summary judgment in Ontario, see T. Walsh and L. Posloski, “Establishing a Workable Test for Summary Judgment: Are We There Yet?”, in T. L. Archibald and R. S. Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation 2013* (2013), 419, at pp. 422-32.

<sup>6</sup> Walsh and Posloski, at p. 426; for example, see *Vaughan v. Warner Communications, Inc.* (1986), 56 O.R. (2d) 242 (H.C.J.).

<sup>7</sup> *Canada (Attorney General) v. Lameman*, 2008 SCC 14, [2008] 1 S.C.R. 372, at para. 10.

<sup>5</sup> Pour un examen approfondi de l'historique du jugement sommaire en Ontario, voir T. Walsh et L. Posloski, « Establishing a Workable Test for Summary Judgment : Are We There Yet? », dans T. L. Archibald et R. S. Echlin, dir., *Annual Review of Civil Litigation 2013* (2013), 419, p. 422-432.

<sup>6</sup> Walsh et Posloski, p. 426; voir, p. ex., *Vaughan c. Warner Communications, Inc.* (1986), 56 O.R. (2d) 242 (H.C.J.).

<sup>7</sup> *Canada (Procureur général) c. Lameman*, 2008 CSC 14, [2008] 1 R.C.S. 372, par. 10.

[39] The Ontario Government commissioned former Ontario Associate Chief Justice Coulter Osborne, Q.C., to consider reforms to make the Ontario civil justice system more accessible and affordable, leading to the report of the Civil Justice Reform Project. The Osborne Report concluded that few summary judgment motions were being brought and, if the summary judgment rule was to work as intended, the appellate jurisprudence that had narrowed the scope and utility of the rule had to be reversed (p. 35). Among other things, it recommended that summary judgment be made more widely available, that judges be given the power to weigh evidence on summary judgment motions, and that judges be given discretion to direct that oral evidence be presented (pp. 35-36).

[40] The report also recommended the adoption of a summary trial procedure similar to that employed in British Columbia (p. 37). This particular recommendation was not adopted, and the legislature made the choice to maintain summary judgment as the accessible procedure.

[41] Many of the Osborne Report's recommendations were taken up and implemented in 2010. As noted above, the amendments codify the proportionality principle and provide for efficient adjudication when a conventional trial is not required. They offer significant new tools to judges, which allow them to adjudicate more cases through summary judgment motions and attenuate the risks when such motions do not resolve the entire case.

[42] Rule 20.04 now reads in part:<sup>8</sup>

**20.04 . . .**

(2) [General] The court shall grant summary judgment if,

<sup>8</sup> The full text of Rule 20 is attached as an Appendix.

[39] Le gouvernement de l'Ontario a demandé à l'ancien juge en chef adjoint de l'Ontario, M. Coulter Osborne, c.r., d'envisager des réformes pour rendre le système de justice civile ontarien plus accessible et abordable, ce qui a mené au rapport du Projet de réforme du système de justice civile. Le rapport Osborne conclut que peu de requêtes en jugement sommaire ont été présentées et que si la règle du jugement sommaire devait donner les résultats escomptés, il fallait infirmer les arrêts des cours d'appel qui en avaient restreint la portée et l'utilité (p. 35). L'auteur du rapport recommande entre autres choses que l'on rende plus accessible le recours à la procédure de jugement sommaire, que l'on accorde au juge saisi d'une requête en jugement sommaire le pouvoir d'apprécier la preuve, et que l'on confère au juge le pouvoir d'ordonner la présentation de témoignages oraux (p. 35-36).

[40] L'auteur du rapport recommande également l'adoption d'une procédure de procès sommaire semblable à celle appliquée en Colombie-Britannique (p. 37). Cette recommandation particulière n'a pas été adoptée et le législateur a choisi de maintenir la procédure de jugement sommaire comme procédure accessible.

[41] Bon nombre des recommandations du rapport Osborne ont été adoptées et mises en œuvre en 2010. Comme je l'ai déjà mentionné, ces modifications codifient le principe de la proportionnalité et prévoient un processus décisionnel efficace dans les cas où la tenue d'un procès conventionnel n'est pas nécessaire. Les juges disposent ainsi de nouveaux outils importants qui leur permettent de trancher plus de litiges sur requête en jugement sommaire et qui atténuent les risques lorsque pareille requête ne permet pas de trancher l'affaire dans son ensemble.

[42] Aujourd'hui, la règle 20.04 prévoit notamment ce qui suit<sup>8</sup> :

**20.04 . . .**

(2) [Dispositions générales] Le tribunal rend un jugement sommaire si, selon le cas :

<sup>8</sup> Le texte intégral de la règle 20 figure en annexe.

- (a) the court is satisfied that there is no genuine issue requiring a trial with respect to a claim or defence; or
- (b) the parties agree to have all or part of the claim determined by a summary judgment and the court is satisfied that it is appropriate to grant summary judgment.

(2.1) [Powers] In determining under clause (2)(a) whether there is a genuine issue requiring a trial, the court shall consider the evidence submitted by the parties and, if the determination is being made by a judge, the judge may exercise any of the following powers for the purpose, unless it is in the interest of justice for such powers to be exercised only at a trial:

1. Weighing the evidence.
2. Evaluating the credibility of a deponent.
3. Drawing any reasonable inference from the evidence.

(2.2) [Oral Evidence (Mini-Trial)] A judge may, for the purposes of exercising any of the powers set out in subrule (2.1), order that oral evidence be presented by one or more parties, with or without time limits on its presentation.

[43] The Ontario amendments changed the test for summary judgment from asking whether the case presents “a genuine issue for trial” to asking whether there is a “genuine issue requiring a trial”. The new rule, with its enhanced fact-finding powers, demonstrates that a trial is not the default procedure. Further, it eliminated the presumption of substantial indemnity costs against a party that brought an unsuccessful motion for summary judgment, in order to avoid deterring the use of the procedure.

- a) il est convaincu qu'une demande ou une défense ne soulève pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'une instruction;
- b) il est convaincu qu'il est approprié de rendre un jugement sommaire et les parties sont d'accord pour que tout ou partie de la demande soit décidé par jugement sommaire.

(2.1) [Pouvoirs] Lorsqu'il décide, aux termes de l'alinéa (2)a), s'il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'une instruction, le tribunal tient compte des éléments de preuve présentés par les parties et, si la décision doit être rendue par un juge, ce dernier peut, à cette fin, exercer l'un ou l'autre des pouvoirs suivants, à moins qu'il ne soit dans l'intérêt de la justice de ne les exercer que lors d'un procès :

1. Apprécier la preuve.
2. Évaluer la crédibilité d'un déposant.
3. Tirer une conclusion raisonnable de la preuve.

(2.2) [Témoignage oral (mini-procès)] Un juge peut, dans le but d'exercer les pouvoirs prévus au paragraphe (2.1), ordonner que des témoignages oraux soient présentés par une ou plusieurs parties, avec ou sans limite de temps pour leur présentation.

[43] Les modifications apportées en Ontario ont eu pour effet de modifier le critère applicable aux jugements sommaires en remplaçant la question de savoir si la cause ne « soulève pas de question litigieuse » par celle de savoir si la cause soulève une « véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'une instruction ». Il appert de la nouvelle règle, qui prévoit des pouvoirs accrus en matière de recherche des faits, que la tenue d'un procès ne constitue pas la procédure par défaut. En outre, afin de ne pas dissuader les parties de recourir à cette procédure, la nouvelle règle a eu pour effet de supprimer la présomption suivant laquelle l'auteur de la requête débouté devait être condamné aux dépens d'indemnisation substantielle.

[44] The new powers in Rules 20.04(2.1) and (2.2) expand the number of cases in which there will be no genuine issue requiring a trial by permitting motion judges to weigh evidence, evaluate credibility and draw reasonable inferences.<sup>9</sup>

[45] These new fact-finding powers are discretionary and are presumptively available; they may be exercised *unless* it is in the interest of justice for them to be exercised only at a trial; Rule 20.04(2.1). Thus, the amendments are designed to transform Rule 20 from a means to weed out unmeritorious claims to a significant alternative model of adjudication.

[46] I will first consider when summary judgment can be granted on the basis that there is "no genuine issue requiring a trial" (Rule 20.04(2)(a)). Second, I will discuss when it is against the "interest of justice" for the new fact-finding powers in Rule 20.04(2.1) to be used on a summary judgment motion. Third, I will consider the power to call oral evidence and, finally, I will lay out the process to be followed on a motion for summary judgment.

#### (1) When Is There No Genuine Issue Requiring a Trial?

[47] Summary judgment motions must be granted whenever there is no genuine issue requiring a trial (Rule 20.04(2)(a)). In outlining how to determine

<sup>9</sup> As fully canvassed by the Court of Appeal, the powers in Rule 20.04(2.1) were designed specifically to overrule a number of long-standing appellate decisions that had dramatically restricted the use of the rule; *Aguonie v. Galion Solid Waste Material Inc.* (1998), 38 O.R. (3d) 161 (C.A.); *Dawson v. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257 (Ont. C.A.).

[44] Les nouveaux pouvoirs prévus aux par. 20.04(2.1) et (2.2) des Règles augmentent le nombre d'affaires qui ne soulèvent pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès en permettant au juge saisi d'une requête d'apprécier la preuve, d'évaluer la crédibilité et de tirer des conclusions raisonnables<sup>9</sup>.

[45] Ces nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits ont un caractère discrétionnaire et sont présumés pouvoir être exercés; ils peuvent l'être à moins qu'il ne soit dans l'intérêt de la justice de ne les exercer que lors d'un procès; par. 20.04(2.1) des Règles. Par conséquent, les modifications font en sorte que la règle 20 ne soit plus seulement un moyen d'écartier des demandes sans fondement mais qu'elle devienne un important modèle de rechange pour les décisions.

[46] Premièrement, j'examinerai les circonstances où le tribunal peut rendre un jugement sommaire en raison de l'absence de « véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'une instruction » (al. 20.04(2)a) des Règles). Deuxièmement, j'examinerai les circonstances dans lesquelles il est contraire à « l'intérêt de la justice » d'exercer les nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits prévus au par. 20.04(2.1) des Règles lors de l'audition d'une requête en jugement sommaire. Troisièmement, j'examinerai le pouvoir d'ordonner la présentation de témoignages oraux et, enfin, j'énoncerai la procédure à suivre dans le cas d'une requête en jugement sommaire.

#### (1) Dans quels cas n'y a-t-il aucune véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès?

[47] La requête en jugement sommaire doit être accueillie dans tous les cas où il n'existe pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue

<sup>9</sup> Comme l'a expliqué en détail la Cour d'appel, les pouvoirs prévus au par. 20.04(2.1) des Règles visaient explicitement à infirmer plusieurs arrêts de longue date des cours d'appel qui avaient restreint considérablement le recours à la règle; *Aguonie c. Galion Solid Waste Material Inc.* (1998), 38 O.R. (3d) 161 (C.A.); *Dawson c. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257 (C.A. Ont.).

whether there is such an issue, I focus on the goals and principles that underlie whether to grant motions for summary judgment. Such an approach allows the application of the rule to evolve organically, lest categories of cases be taken as rules or preconditions which may hinder the system's transformation by discouraging the use of summary judgment.

[48] The Court of Appeal did not explicitly focus upon when there is a genuine issue requiring a trial. However, in considering whether it is against the interest of justice to use the new fact-finding powers, the court suggested that summary judgment would most often be appropriate when cases were document driven, with few witnesses and limited contentious factual issues, or when the record could be supplemented by oral evidence on discrete points. These are helpful observations but, as the court itself recognized, should not be taken as delineating firm categories of cases where summary judgment is and is not appropriate. For example, while this case is complex, with a voluminous record, the Court of Appeal ultimately agreed that there was no genuine issue requiring a trial.

[49] There will be no genuine issue requiring a trial when the judge is able to reach a fair and just determination on the merits on a motion for summary judgment. This will be the case when the process (1) allows the judge to make the necessary findings of fact, (2) allows the judge to apply the law to the facts, and (3) is a proportionate, more expeditious and less expensive means to achieve a just result.

[50] These principles are interconnected and all speak to whether summary judgment will provide

d'un procès (al. 20.04(2)a) des Règles). Pour exposer la façon de déterminer l'existence d'une telle question, je m'attache aux objectifs et aux principes sous-jacents à la décision d'accueillir ou non une requête en jugement sommaire. Une telle façon de faire permet l'évolution naturelle de l'application de la règle, sinon les catégories de cas seront considérées comme des règles ou des conditions préalables qui risquent de nuire à la métamorphose du système en décourageant le recours au jugement sommaire.

[48] La Cour d'appel n'a pas explicitement déterminé les circonstances dans lesquelles il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès. Or, en se demandant si l'exercice des nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits est contraire à l'intérêt de la justice, elle a laissé entendre qu'il est le plus souvent indiqué de rendre un jugement sommaire dans des affaires où les documents occupent une place prépondérante, où il y a peu de témoins et de questions de fait litigieuses, ou encore des affaires dans lesquelles il est possible de compléter le dossier en présentant des témoignages oraux sur des points distincts. Voilà autant d'observations utiles qui, comme la Cour d'appel l'a elle-même reconnu, ne devraient cependant pas être considérées comme circonscrivant des catégories étanches de cas où il convient ou non de rendre un jugement sommaire. Par exemple, malgré la complexité de la présente affaire et son dossier volumineux, la Cour d'appel a finalement reconnu l'absence de question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès.

[49] Il n'existe pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès lorsque le juge est en mesure de statuer justement et équitablement au fond sur une requête en jugement sommaire. Ce sera le cas lorsque la procédure de jugement sommaire (1) permet au juge de tirer les conclusions de fait nécessaires, (2) lui permet d'appliquer les règles de droit aux faits et (3) constitue un moyen proportionné, plus expéditif et moins coûteux d'arriver à un résultat juste.

[50] Ces principes sont interreliés et reviennent tous à se demander si le jugement sommaire

a fair and just adjudication. When a summary judgment motion allows the judge to find the necessary facts and resolve the dispute, proceeding to trial would generally not be proportionate, timely or cost effective. Similarly, a process that does not give a judge confidence in her conclusions can never be the proportionate way to resolve a dispute. It bears reiterating that the standard for fairness is not whether the procedure is as exhaustive as a trial, but whether it gives the judge confidence that she can find the necessary facts and apply the relevant legal principles so as to resolve the dispute.

[51] Often, concerns about credibility or clarification of the evidence can be addressed by calling oral evidence on the motion itself. However, there may be cases where, given the nature of the issues and the evidence required, the judge cannot make the necessary findings of fact, or apply the legal principles to reach a just and fair determination.

## (2) The Interest of Justice

[52] The enhanced fact-finding powers granted to motion judges in Rule 20.04(2.1) may be employed on a motion for summary judgment unless it is in the “interest of justice” for them to be exercised only at trial. The “interest of justice” is not defined in the Rules.

[53] To determine whether the interest of justice allowed the motion judge to use her new powers, the Court of Appeal required a motion judge to ask herself “can the full appreciation of the evidence and issues that is required to make dispositive findings be achieved by way of summary judgment, or can this full appreciation only be achieved by way of a trial?” (para. 50).

[54] The Court of Appeal identified the benefits of a trial that contribute to this full appreciation of

constituera une décision juste et équitable. Lorsqu’une requête en jugement sommaire permet au juge d’établir les faits nécessaires et de régler le litige, la tenue d’un procès ne serait généralement ni proportionnée, ni expéditive, ni économique. Dans le même ordre d’idées, un processus qui ne permet pas au juge de tirer ses conclusions avec confiance ne saurait jamais constituer un moyen proportionné de régler un litige. Il importe de répéter que la norme d’équité consiste à déterminer non pas si la procédure visée est aussi exhaustive que la tenue d’un procès, mais si elle permet au juge de pouvoir, avec confiance, établir les faits nécessaires et appliquer les principes juridiques pertinents pour régler le litige.

[51] Souvent, il est possible de dissiper les doutes concernant la crédibilité ou d’éclaircir la preuve par la présentation de témoignages oraux au moment de l’audition de la requête elle-même. Toutefois, il peut y avoir des cas où, vu la nature des questions soulevées et la preuve à produire, le juge ne peut tirer les conclusions de fait nécessaires, ni appliquer les principes juridiques qui permettent d’arriver à une décision juste et équitable.

## (2) L’intérêt de la justice

[52] Lors de l’audition d’une requête en jugement sommaire, le juge peut exercer les pouvoirs accrus en matière de recherche des faits que lui confère le par. 20.04(2.1) des Règles, à moins qu’il ne soit dans « l’intérêt de la justice » de ne les exercer que lors d’un procès. L’expression « intérêt de la justice » n’est pas définie dans les Règles.

[53] Pour déterminer s’il était dans l’intérêt de la justice que le juge saisi d’une requête exerce ses nouveaux pouvoirs, la Cour d’appel a obligé ce dernier à se poser la question suivante : [TRADUCTION] « . . . la pleine appréciation de la preuve et des questions litigieuses qui s’impose pour tirer des conclusions décisives peut-elle se faire par voie de jugement sommaire ou uniquement au moyen d’un procès? » (par. 50).

[54] La Cour d’appel a recensé les avantages de la tenue d’un procès qui contribuent à cette pleine

[58] This inquiry into the interest of justice is, by its nature, comparative. Proportionality is assessed in relation to the full trial. It may require the motion judge to assess the relative efficiencies of proceeding by way of summary judgment, as opposed to trial. This would involve a comparison of, among other things, the cost and speed of both procedures. (Although summary judgment may be expensive and time consuming, as in this case, a trial may be even more expensive and slower.) It may also involve a comparison of the evidence that will be available at trial and on the motion as well as the opportunity to fairly evaluate it. (Even if the evidence available on the motion is limited, there may be no reason to think better evidence would be available at trial.)

[59] In practice, whether it is against the “interest of justice” to use the new fact-finding powers will often coincide with whether there is a “genuine issue requiring a trial”. It is logical that, when the use of the new powers would enable a judge to fairly and justly adjudicate a claim, it will generally not be against the interest of justice to do so. What is fair and just turns on the nature of the issues, the nature and strength of the evidence and what is the proportional procedure.

[60] The “interest of justice” inquiry goes further, and also considers the consequences of the motion in the context of the litigation as a whole. For example, if some of the claims against some of the parties will proceed to trial in any event, it may not be in the interest of justice to use the new fact-finding powers to grant summary judgment against a single defendant. Such partial summary judgment may run the risk of duplicative proceedings or inconsistent findings of fact and therefore the use of the powers may not be in the interest of justice. On the other hand, the resolution of an important claim against a key party could significantly advance

[58] Cette analyse de l’intérêt de la justice est, de par sa nature, comparative. La proportionnalité se mesure à l’heure du procès complet. Le juge saisi d’une requête peut devoir évaluer l’efficacité relative de la procédure de jugement sommaire par rapport au procès. Cette analyse impliquerait une comparaison, entre autres facteurs, du coût et de la rapidité des deux procédures. (La procédure de jugement sommaire peut s’avérer onéreuse et prendre beaucoup de temps, comme en l’espèce, mais la tenue d’un procès peut être encore plus coûteuse et plus lente.) L’analyse peut impliquer aussi une comparaison de la preuve qui sera présentée au procès et de la preuve qui accompagne la requête, ainsi que de la possibilité d’apprécier équitablement la preuve. (Même si la preuve présentée avec la requête est limitée, il n’y a peut-être aucune raison de croire qu’une meilleure preuve sera présentée lors du procès.)

[59] En pratique, la question de savoir si l’exercice des nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits est contraire à « l’intérêt de la justice » équivaudra souvent à se demander s’il existe une « véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’une instruction ». Logiquement, lorsqu’il permettrait au juge de trancher une demande de manière juste et équitable, l’exercice des nouveaux pouvoirs serait généralement dans l’intérêt de la justice. Le caractère juste et équitable de la décision dépend de la nature des questions litigieuses, de la nature et de la valeur probante de la preuve, ainsi que de ce qui constitue la procédure proportionnée.

[60] L’analyse de « l’intérêt de la justice » va plus loin et tient également compte des répercussions de la requête dans le contexte du litige dans son ensemble. Par exemple, si certaines des demandes contre certaines des parties seront de toute façon tranchées à l’issue d’un procès, il peut ne pas être dans l’intérêt de la justice d’exercer les nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits pour rendre un jugement sommaire contre un seul défendeur. Un tel jugement sommaire partiel risque d’entraîner des procédures répétitives ou de mener à des conclusions de fait contradictoires; par conséquent, l’exercice de ces pouvoirs n’est peut-être pas dans

access to justice, and be the most proportionate, timely and cost effective approach.

l'intérêt de la justice. Par contre, le règlement d'une demande importante visant une partie clé pourrait favoriser nettement l'accès à la justice et constituer la mesure la plus proportionnée, expéditive et économique.

### (3) The Power to Hear Oral Evidence

[61] Under Rule 20.04(2.2), the motion judge is given the power to hear oral evidence to assist her in making findings under Rule 20.04(2.1). The decision to allow oral evidence rests with the motion judge since, as the Court of Appeal noted, "it is the motion judge, not counsel, who maintains control over the extent of the evidence to be led and the issues to which the evidence is to be directed" (para. 60).

[62] The Court of Appeal suggested the motion judge should only exercise this power when

- (1) oral evidence can be obtained from a small number of witnesses and gathered in a manageable period of time;
- (2) any issue to be dealt with by presenting oral evidence is likely to have a significant impact on whether the summary judgment motion is granted; and
- (3) any such issue is narrow and discrete — *i.e.*, the issue can be separately decided and is not enmeshed with other issues on the motion. [para. 103]

This is useful guidance to ensure that the hearing of oral evidence does not become unmanageable; however, as the Court of Appeal recognized, these are not absolute rules.

[63] This power should be employed when it allows the judge to reach a fair and just adjudication on the merits and it is the proportionate course of action. While this is more likely to be the case when the oral evidence required is limited, there will be cases where extensive oral evidence can be heard

### (3) Le pouvoir d'entendre des témoignages oraux

[61] Le paragraphe 20.04(2.2) des Règles confère au juge saisi d'une requête le pouvoir d'entendre des témoignages oraux pour tirer plus facilement des conclusions aux termes du par. 20.04(2.1). La décision d'autoriser la présentation d'un témoignage oral appartient au juge puisque, comme l'a souligné la Cour d'appel, [TRADUCTION] « c'est le juge saisi de la requête, et non les avocats, qui peut exercer un contrôle sur l'étendue de la preuve à présenter et sur les questions auxquelles se rapporte celle-ci » (par. 60).

[62] Selon la Cour d'appel, le juge saisi d'une requête ne devrait exercer ce pouvoir que lorsque

#### [TRADUCTION]

- (1) il est possible d'entendre, dans un délai raisonnable, les témoignages oraux d'un nombre restreint de témoins;
- (2) toute question à traiter par la présentation d'un témoignage oral aura vraisemblablement une incidence importante sur l'accueil ou le rejet de la requête en jugement sommaire; et
- (3) une telle question est précise et distincte — c'est-à-dire que la question peut être tranchée séparément et n'est pas liée aux autres questions sur lesquelles porte la requête. [par. 103]

Ces indications sont utiles pour assurer que l'audition des témoignages oraux ne devient pas ingérable; toutefois, comme l'a reconnu la Cour d'appel, ces règles ne sont pas absolues.

[63] Ce pouvoir devrait être exercé lorsqu'il permet au juge de rendre une décision juste et équitable sur le fond et que son exercice constitue la marche à suivre proportionnée. Ce sera plus probablement le cas lorsque le témoignage oral requis est succinct, mais dans certains cas, la requête en jugement

on the motion for summary judgment, avoiding the need for a longer, more complex trial and without compromising the fairness of the procedure.

[64] Where a party seeks to lead oral evidence, it should be prepared to demonstrate why such evidence would assist the motion judge in weighing the evidence, assessing credibility, or drawing inferences and to provide a “will say” statement or other description of the proposed evidence so that the judge will have a basis for setting the scope of the oral evidence.

[65] Thus, the power to call oral evidence should be used to promote the fair and just resolution of the dispute in light of principles of proportionality, timeliness and affordability. In tailoring the nature and extent of oral evidence that will be heard, the motion judge should be guided by these principles, and remember that the process is not a full trial on the merits but is designed to determine if there is a genuine issue requiring a trial.

#### (4) The Roadmap/Approach to a Motion for Summary Judgment

[66] On a motion for summary judgment under Rule 20.04, the judge should first determine if there is a genuine issue requiring trial based only on the evidence before her, *without* using the new fact-finding powers. There will be no genuine issue requiring a trial if the summary judgment process provides her with the evidence required to fairly and justly adjudicate the dispute and is a timely, affordable and proportionate procedure, under Rule 20.04(2)(a). If there appears to be a genuine issue requiring a trial, she should then determine if the need for a trial can be avoided by using the new powers under Rules 20.04(2.1) and (2.2). She may, at her discretion, use those powers, provided that their use is not against the interest of justice. Their use will not be against the interest of justice if they will lead to a fair and just result and will

sommaire comportera l’audition de longs témoignages oraux, ce qui permettra d’éviter des procès plus longs et plus complexes sans compromettre l’équité de la procédure.

[64] La partie qui cherche à présenter des témoignages oraux doit être prête, d’une part, à démontrer en quoi ils aideraient le juge saisi de la requête à apprécier la preuve, à évaluer la crédibilité des déposants ou à tirer des conclusions de la preuve et, d’autre part, à fournir une déclaration anticipée ou un autre exposé de la preuve proposée afin de permettre au juge d’établir la portée des témoignages oraux.

[65] Ainsi, le pouvoir d’ordonner la présentation de témoignages oraux devrait servir à favoriser le règlement juste et équitable du litige compte tenu des principes de proportionnalité, de célérité et d’accessibilité économique. Lorsqu’il établit la nature et l’étendue des témoignages oraux qui seront entendus, le juge saisi de la requête devrait s’inspirer de ces principes et se rappeler que ce processus ne constitue pas un procès complet sur le fond mais qu’il vise plutôt à déterminer s’il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’un procès.

#### (4) Marche à suivre pour trancher une requête en jugement sommaire

[66] Lors de l’audition d’une requête en jugement sommaire aux termes de la règle 20.04, le juge devrait en premier lieu décider, compte tenu uniquement de la preuve dont il dispose et *sans* recourir aux nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits, s’il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’un procès. Il n’y aura pas de question de ce genre si la procédure de jugement sommaire lui fournit la preuve nécessaire pour trancher justement et équitablement le litige et constitue une procédure expéditive, abordable et proportionnée selon l’al. 20.04(2)a) des Règles. S’il semble y avoir une véritable question nécessitant la tenue d’un procès, le juge devrait alors déterminer si l’exercice des nouveaux pouvoirs prévus aux par. 20.04(2.1) et (2.2) des Règles écartera la nécessité d’un procès. Le juge peut exercer ces

serve the goals of timeliness, affordability and proportionality in light of the litigation as a whole.

[67] Inquiring first as to whether the use of the powers under Rule 20.04(2.1) will allow the dispute to be resolved by way of summary judgment, before asking whether the interest of justice requires that those powers be exercised only at trial, emphasizes that these powers are presumptively available, rather than exceptional, in line with the goal of proportionate, cost-effective and timely dispute resolution. As well, by first determining the consequences of using the new powers, the benefit of their use is clearer. This will assist in determining whether it is in the interest of justice that they be exercised only at trial.

[68] While summary judgment *must* be granted if there is no genuine issue requiring a trial,<sup>10</sup> the decision to use either the expanded fact-finding powers or to call oral evidence is discretionary.<sup>11</sup> The discretionary nature of this power gives the judge some flexibility in deciding the appropriate course of action. This discretion can act as a safety valve in cases where the use of such powers would clearly be inappropriate. There is always the risk that clearly unmeritorious motions for summary judgment could be abused and used tactically to add time and expense. In such cases, the motion judge may choose to decline to exercise her discretion

pouvoirs à son gré, pourvu que leur exercice ne soit pas contraire à l'intérêt de la justice. Leur exercice ne sera pas contraire à l'intérêt de la justice s'il aboutit à un résultat juste et équitable et permettra d'atteindre les objectifs de célérité, d'accessibilité économique et de proportionnalité, compte tenu du litige dans son ensemble.

[67] En cherchant d'abord à déterminer si l'exercice des pouvoirs prévus au par. 20.04(2.1) des Règles permettra de régler le litige par voie de jugement sommaire, avant de se demander s'il est dans l'intérêt de la justice que ces pouvoirs ne soient exercés que lors d'un procès, on souligne le fait que ces pouvoirs peuvent être exercés en règle générale, plutôt qu'à titre exceptionnel, conformément à l'objectif d'un règlement des litiges proportionné, économique et expéditif. De même, lorsqu'on détermine en premier lieu les conséquences du recours à ces nouveaux pouvoirs, les avantages qu'offre leur exercice apparaissent plus clairement. Cette façon de procéder aidera à déterminer s'il est dans l'intérêt de la justice que ces pouvoirs ne soient exercés que lors d'un procès.

[68] Bien qu'un jugement sommaire *doive* être rendu en l'absence d'une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès<sup>10</sup>, la décision d'exercer le pouvoir élargi en matière de recherche des faits ou le pouvoir d'ordonner la présentation de témoignages oraux est de nature discrétionnaire<sup>11</sup>. Ce caractère discrétionnaire de la décision du juge lui laisse une certaine latitude lorsqu'il décide de la marche à suivre. De plus, la nature discrétionnaire de cette décision peut servir de soupe dans les cas où l'exercice de ces pouvoirs serait de toute évidence inapproprié. Le risque de recours abusif à des requêtes en jugement sommaire clairement dénuées

<sup>10</sup> Rule 20.04(2): "The court shall grant summary judgment if, (a) the court is satisfied that there is no genuine issue requiring a trial . . ."

<sup>11</sup> Rule 20.04(2.1): "In determining . . . whether there is a genuine issue requiring a trial . . . if the determination is being made by a judge, the judge may exercise any of the following powers . . . 1. Weighing the evidence. 2. Evaluating the credibility of a deponent. 3. Drawing any reasonable inference from the evidence." Rule 20.04(2.2): "A judge may . . . order that oral evidence be presented . . ."

10 Paragraphe 20.04(2) des Règles : « Le tribunal rend un jugement sommaire si, selon le cas : a) il est convaincu qu'une demande ou une défense ne soulève pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'une instruction . . . »

11 Paragraphe 20.04(2.1) des Règles : « Lorsqu'il décide [ . . . ] s'il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'une instruction [ . . . ] et, si la décision doit être rendue par un juge, ce dernier peut, à cette fin, exercer l'un ou l'autre des pouvoirs suivants [ . . . ] 1. Apprécier la preuve. 2. Évaluer la crédibilité d'un déposant. 3. Tirer une conclusion raisonnable de la preuve. » Paragraphe 20.04(2.2) des Règles : « Un juge peut [ . . . ] ordonner que des témoignages oraux soient présentés . . . »

to use those powers and dismiss the motion for summary judgment, without engaging in the full inquiry delineated above.

### C. Tools to Maximize the Efficiency of a Summary Judgment Motion

#### (1) Controlling the Scope of a Summary Judgment Motion

[69] The Ontario *Rules* and a superior court's inherent jurisdiction permit a motion judge to be involved early in the life of a motion, in order to control the size of the record, and to remain active in the event the motion does not resolve the entire action.

[70] The Rules provide for early judicial involvement, through Rule 1.05, which allows for a motion for directions, to manage the time and cost of the summary judgment motion. This allows a judge to provide directions with regard to the timelines for filing affidavits, the length of cross-examination, and the nature and amount of evidence that will be filed. However, motion judges must also be cautious not to impose administrative measures that add an unnecessary layer of cost.

[71] Not all motions for summary judgment will require a motion for directions. However, failure to bring such a motion where it was evident that the record would be complex or voluminous may be considered when dealing with costs consequences under Rule 20.06(a). In line with the principle of proportionality, the judge hearing the motion for directions should generally be seized of the summary judgment motion itself, ensuring the knowledge she has developed about the case does not go to waste.

[72] I agree with the Court of Appeal (at paras. 58 and 258) that a motion for directions also provides the responding party with the opportunity

de fondement comme tactique pour entraîner des frais et des retards est toujours présent. Dans ces cas, le juge peut refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire et rejeter la requête en jugement sommaire sans procéder à l'analyse complète exposée ci-dessus.

#### C. Outils permettant d'optimiser l'efficacité de la requête en jugement sommaire

##### (1) Circonscrire la portée de la requête en jugement sommaire

[69] Les Règles de l'Ontario et la compétence inhérente d'une cour supérieure permettent au juge saisi d'une requête d'intervenir rapidement après la présentation de la requête afin de limiter la taille du dossier, et de continuer de jouer un rôle actif si la requête ne permet pas de trancher tout le litige.

[70] Les Règles prévoient l'intervention hâtive du tribunal par l'application de la règle 1.05, qui permet de lui demander par requête des directives pour gérer les délais et les dépens afférents à une requête en jugement sommaire. Le juge peut ainsi donner des directives relatives aux délais de dépôt des affidavits, à la durée des contre-interrogatoires et à la nature et la quantité des éléments de preuve à déposer. Toutefois, le juge doit également prendre garde d'imposer des mesures administratives qui entraînent des frais supplémentaires non nécessaires.

[71] La requête en jugement sommaire ne nécessite pas dans tous les cas une demande de directives. Toutefois, l'omission de présenter une telle demande lorsqu'il était évident que le dossier serait complexe ou volumineux peut être prise en compte au moment d'attribuer des dépens en application de l'al. 20.06a) des Règles. Conformément au principe de la proportionnalité, le juge qui instruit la requête en vue d'obtenir des directives devrait généralement être saisi de la requête en jugement sommaire elle-même pour assurer que la connaissance qu'il a acquise du dossier ne serve pas à rien.

[72] Je suis d'accord avec la Cour d'appel (par. 58 et 258) pour dire que la requête en vue d'obtenir des directives donne également à l'intimé l'occasion de

to seek an order to stay or dismiss a premature or improper motion for summary judgment. This may be appropriate to challenge lengthy, complex motions, particularly on the basis that they would not sufficiently advance the litigation, or serve the principles of proportionality, timeliness and affordability.

[73] A motion for summary judgment will not always be the most proportionate way to dispose of an action. For example, an early date may be available for a short trial, or the parties may be prepared to proceed with a summary trial. Counsel should always be mindful of the most proportionate procedure for their client and the case.

(2) Salvaging a Failed Summary Judgment Motion

[74] Failed, or even partially successful, summary judgment motions add — sometimes astronomically — to costs and delay. However, this risk can be attenuated by a judge who makes use of the trial management powers provided in Rule 20.05 and the court's inherent jurisdiction.

[75] Rules 20.05(1) and (2) provide in part:

**20.05 (1)** Where summary judgment is refused or is granted only in part, the court may make an order specifying what material facts are not in dispute and defining the issues to be tried, and order that the action proceed to trial expeditiously.

(2) If an action is ordered to proceed to trial under subrule (1), the court may give such directions or impose such terms as are just . . . .

[76] Rules 20.05(2)(a) through (p) outline a number of specific trial management orders that may be appropriate. The court may: set a schedule; provide a restricted discovery plan; set a trial date; require payment into court of the claim; or order security for costs. The court may order that: the parties deliver a concise summary of their opening statement; the

demander la suspension ou le rejet d'une requête en jugement sommaire prématurée ou irrégulière. Une telle demande peut permettre de contester des requêtes longues et complexes, surtout lorsque celles-ci ne feraient pas progresser suffisamment l'instance ou ne favoriseraient pas les objectifs de proportionnalité, de célérité et d'accessibilité économique.

[73] La requête en jugement sommaire ne constituera pas toujours le moyen le plus proportionné de trancher une action en justice. Par exemple, il arrive qu'un court procès puisse avoir lieu tôt ou que les parties soient disposées à procéder par procès sommaire. Les avocats devraient toujours tenir compte de la procédure la plus proportionnée pour leur client et le dossier.

(2) Mettre à profit les éléments d'une requête en jugement sommaire rejetée

[74] Qu'elle soit rejetée ou même accueillie en partie, la requête en jugement sommaire occasionne des frais et des délais additionnels — parfois astronomiques. Le juge peut toutefois atténuer ce risque en exerçant la compétence inhérente du tribunal et les pouvoirs de gestion de l'instance prévus à la règle 20.05.

[75] Les paragraphes 20.05(1) et (2) des Règles prévoient notamment ce qui suit :

**20.05 (1)** Si le jugement sommaire est refusé ou n'est accordé qu'en partie, le tribunal peut rendre une ordonnance dans laquelle il précise les faits pertinents qui ne sont pas en litige et les questions qui doivent être instruites. Il peut également ordonner que l'action soit instruite de façon expéditive.

(2) Le tribunal qui ordonne l'instruction d'une action en vertu du paragraphe (1) peut donner les directives ou imposer les conditions qu'il estime justes . . . .

[76] Les alinéas 20.05(2)a) à p) des Règles énumèrent plusieurs ordonnances précises de gestion de l'instance qui peuvent convenir. Le tribunal peut dresser un calendrier, établir un plan d'enquête préalable assorti de limites, fixer la date du procès, ordonner la consignation de la somme demandée ou le versement d'un cautionnement pour dépens. Le

parties deliver a written summary of the anticipated evidence of a witness; any oral examination of a witness at trial will be subject to a time limit or; the evidence of a witness be given in whole or in part by affidavit.

[77] These powers allow the judge to use the insight she gained from hearing the summary judgment motion to craft a trial procedure that will resolve the dispute in a way that is sensitive to the complexity and importance of the issue, the amount involved in the case, and the effort expended on the failed motion. The motion judge should look to the summary trial as a model, particularly where affidavits filed could serve as the evidence of a witness, subject to time-limited examinations and cross-examinations. Although the Rules did not adopt the Osborne Report's recommendation of a summary trial model, this model already exists under the simplified rules or on consent. In my view, the summary trial model would also be available further to the broad powers granted to a judge under Rule 20.05(2).

[78] Where a motion judge dismisses a motion for summary judgment, in the absence of compelling reasons to the contrary, she should also seize herself of the matter as the trial judge. I agree with the Osborne Report that the involvement of a single judicial officer throughout

saves judicial time since parties will not have to get a different judge up to speed each time an issue arises in the case. It may also have a calming effect on the conduct of litigious parties and counsel, as they will come to predict how the judicial official assigned to the case might rule on a given issue. [p. 88]

[79] While such an approach may complicate scheduling, to the extent that current scheduling practices prevent summary judgment motions being used in an efficient and cost effective manner, the

tribunal peut aussi ordonner la remise par les parties d'un résumé concis de leur déclaration préliminaire, la remise par les parties d'un résumé écrit de la déposition prévue d'un témoin, la limitation de la durée de tout interrogatoire oral d'un témoin au procès, ou la présentation par affidavit de tout ou partie de la déposition d'un témoin.

[77] Ces pouvoirs permettent au juge de mettre à profit les connaissances acquises lors de l'audition de la requête en jugement sommaire pour élaborer une procédure d'instruction de nature à régler le litige en tenant compte de la complexité et de l'importance de la question soulevée, de la somme en jeu et des efforts déployés lors de l'instruction de la requête rejetée. Le juge saisi de la requête devrait s'inspirer de la procédure d'instruction sommaire, en particulier lorsque les affidavits déposés serviraient de dépositions, sous réserve d'interrogatoires et de contre-interrogatoires d'une durée limitée. Bien que les Règles n'aient pas adopté le modèle de l'instruction sommaire recommandé dans le rapport Osborne, ce modèle est déjà prévu par les règles simplifiées ou peut être utilisé du consentement des parties. À mon avis, le modèle de l'instruction sommaire pourrait également s'appliquer si le juge exerce les vastes pouvoirs que lui confère le par. 20.05(2) des Règles.

[78] Le juge qui rejette une requête en jugement sommaire devrait également se saisir de l'instance à titre de juge du procès à moins que des raisons impérieuses l'en empêchent. Je suis d'accord avec le rapport Osborne pour dire que la gestion du litige par un seul fonctionnaire judiciaire

permet à la cour d'économiser du temps étant donné que les parties n'ont pas à mettre un juge différent au fait chaque fois qu'un problème survient relativement à la cause. Elle peut également avoir un effet de modération sur le comportement des parties litigantes et des avocats, qui en viendront à prévoir la façon dont le fonctionnaire judiciaire affecté à la cause pourrait statuer sur une question donnée. [p. 105]

[79] Une telle approche risque de compliquer l'établissement du calendrier, dans la mesure où les pratiques actuelles en la matière empêchent de recourir de façon efficace et économique à la

courts should be prepared to change their practices in order to facilitate access to justice.

#### D. Standard of Review

[80] The Court of Appeal concluded that determining the appropriate test for summary judgment — whether there is a genuine issue requiring a trial — is a legal question, reviewable on a correctness standard, while any factual determinations made by the motion judge will attract deference.

[81] In my view, absent an error of law, the exercise of powers under the new summary judgment rule attracts deference. When the motion judge exercises her new fact-finding powers under Rule 20.04(2.1) and determines whether there is a genuine issue requiring a trial, this is a question of mixed fact and law. Where there is no extricable error in principle, findings of mixed fact and law should not be overturned absent palpable and overriding error: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 36.

[82] Similarly, the question of whether it is in the “interest of justice” for the motion judge to exercise the new fact-finding powers provided by Rule 20.04(2.1) depends on the relative evidence available at the summary judgment motion and at trial, the nature, size, complexity and cost of the dispute and other contextual factors. Such a decision is also a question of mixed fact and law which attracts deference.

[83] Provided that it is not against the “interest of justice”, a motion judge’s decision to exercise the new powers is discretionary. Thus, unless the motion judge misdirected herself, or came to a decision that is so clearly wrong that it resulted in an injustice, her decision should not be disturbed.

requête en jugement sommaire, mais les tribunaux devraient être disposés à modifier leurs habitudes afin de faciliter l'accès à la justice.

#### D. Norme de contrôle

[80] La Cour d'appel a conclu que le choix du critère à appliquer en matière de jugement sommaire — déterminer s'il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès — est une question de droit, susceptible de révision selon la norme de la décision correcte, alors que les conclusions de fait tirées par le juge saisi de la requête commandent la retenue.

[81] À mon avis, en l'absence d'une erreur de droit, l'exercice des pouvoirs que confère la nouvelle règle relative au jugement sommaire commande la retenue. Lorsque le juge saisi d'une requête exerce ses nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits, que lui confère le par. 20.04(2.1) des Règles, et détermine s'il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès, il s'agit d'une question mixte de fait et de droit. Lorsqu'il n'y a aucune erreur de principe isolable, les conclusions mixtes de fait et de droit ne doivent pas être infirmées en l'absence d'erreur manifeste et dominante : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 36.

[82] De même, la réponse à la question de savoir s'il est dans « l'intérêt de la justice » que le juge saisi d'une requête exerce les nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits prévus au par. 20.04(2.1) des Règles dépend de la preuve relative présentée lors de l'audition de la requête en jugement sommaire et au procès, de la nature, de l'envergure, de la complexité et du coût du litige, ainsi que d'autres facteurs contextuels. Cette décision constitue également une question mixte de fait et de droit qui commande la retenue.

[83] Pourvu qu'elle ne soit pas contraire à « l'intérêt de la justice », la décision du juge saisi d'une requête d'exercer les nouveaux pouvoirs est de nature discrétionnaire. Par conséquent, à moins que le juge ne se soit fondé sur des considérations erronées ou que sa décision soit erronée au point de créer une injustice, il n'y a pas lieu de modifier sa décision.

[84] Of course, where the motion judge applies an incorrect principle of law, or errs with regard to a purely legal question, such as the elements that must be proved for the plaintiff to make out her cause of action, the decision will be reviewed on a correctness standard: *Housen*, at para. 8.

#### *E. Did the Motion Judge Err by Granting Summary Judgment?*

[85] The motion judge granted summary judgment in favour of the Mauldin Group. While the Court of Appeal found that the action should not have been decided by summary judgment, it nevertheless dismissed the appeal. Hryniak argues this constituted “prospective overruling” but, in light of my conclusion that the motion judge was entitled to proceed by summary judgment, I need not consider these submissions further. For the reasons that follow, I am satisfied that the motion judge did not err in granting summary judgment.

##### (1) The Tort of Civil Fraud

[86] The action underlying this motion for summary judgment was one for civil fraud brought against Hryniak, Peebles, and Cassels Brock.

[87] As discussed in the companion *Bruno Appliance* appeal, the tort of civil fraud has four elements, which must be proven on a balance of probabilities: (1) a false representation by the defendant; (2) some level of knowledge of the falsehood of the representation on the part of the defendant (whether knowledge or recklessness); (3) the false representation caused the plaintiff to act; (4) the plaintiff’s actions resulted in a loss.

##### (2) Was There a Genuine Issue Requiring a Trial?

[88] In granting summary judgment to the Mauldin Group against Hryniak, the motion judge did not explicitly address the correct test for civil

[84] Évidemment, si le juge saisi d'une requête applique un mauvais principe de droit ou fait erreur relativement à une pure question de droit, comme les éléments dont le demandeur doit prouver l'existence pour établir sa cause d'action, la norme de contrôle applicable sera celle de la décision correcte : *Housen*, par. 8.

##### *E. Le juge saisi de la requête a-t-il eu tort de rendre un jugement sommaire?*

[85] Le juge saisi de la requête a rendu un jugement sommaire en faveur du Groupe Mauldin. Bien qu'elle ait conclu que l'action n'aurait pas dû être tranchée par jugement sommaire, la Cour d'appel a quand même rejeté l'appel. Selon M. Hryniak, la Cour d'appel a fait un [TRADUCTION] « revirement pour l'avenir » mais, vu ma conclusion selon laquelle le juge pouvait à bon droit trancher l'action par jugement sommaire, je n'ai pas à examiner plus à fond ces arguments. Pour les motifs qui suivent, je suis convaincue que le juge n'a pas eu tort de rendre un jugement sommaire.

##### (1) Le délit de fraude civile

[86] C'est une action pour fraude civile intentée contre M. Hryniak, M. Peebles et le cabinet Cassels Brock qui est à l'origine de la requête en jugement sommaire.

[87] Comme il est expliqué dans le pourvoi conexus *Bruno Appliance*, le délit de fraude civile comporte quatre éléments dont il faut prouver l'existence selon la prépondérance des probabilités : (1) une fausse déclaration du défendeur; (2) une certaine connaissance de la fausseté de la déclaration de la part du défendeur (connaissance ou insouciance); (3) le fait que la fausse déclaration a amené le demandeur à agir; (4) le fait que les actes du demandeur ont entraîné une perte.

##### (2) Existait-il une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès?

[88] Le juge saisi de la requête n'a pas traité explicitement du critère qu'il convient d'appliquer à la fraude civile lorsqu'il a prononcé un jugement

fraud but, like the Court of Appeal, I am satisfied that his findings support that result.

[89] The first element of civil fraud is a false representation by the defendant. The Court of Appeal agreed with the motion judge that “[u]nquestionably, the Mauldin group was induced to invest with Hryniak because of what Hryniak said to Fred Mauldin” at the meeting of June 19, 2001 (at para. 158), and this was not disputed in the appellant’s factum.

[90] The motion judge found the requisite knowledge or recklessness as to the falsehood of the representation, the second element of civil fraud, based on Hryniak’s lack of effort to ensure that the funds would be properly invested and failure to verify that the eventual end-point of the funds, New Savings Bank, was secure. The motion judge also rejected the defence that the funds were stolen, noting Hryniak’s feeble efforts to recover the funds, waiting some 15 months to report the apparent theft of US\$10.2 million.

[91] The motion judge also found an intention on the part of Hryniak that the Mauldin Group would act on his false representations, the third requirement of civil fraud. Hryniak secured a US\$76,000 loan for Fred Mauldin and conducted a “test trade”, actions which, in the motion judge’s view, were “undertaken . . . for the purpose of dissuading the Mauldin group from demanding the return of its investment” (para. 113). Moreover, the motion judge detailed Hryniak’s central role in the web of deception that caused the Mauldin Group to invest its funds and that dissuaded them from seeking their return for some time after they had been stolen.

[92] The final requirement of civil fraud, loss, is clearly present. The Mauldin Group invested

sommaire en faveur du Groupe Mauldin contre M. Hryniak. Toutefois, à l’instar de la Cour d’appel, je suis convaincue que les conclusions du juge étaient ce résultat.

[89] Une fausse déclaration du défendeur constitue le premier élément de la fraude civile. La Cour d’appel partageait l’avis du juge que [TRADUCTION] « [s]ans aucun doute, le Groupe Mauldin a été amené à investir avec Hryniak en raison des propos adressés par M. Hryniak à Fred Mauldin » lors de la réunion du 19 juin 2001 (par. 158), ce que l’appelant ne conteste pas dans son mémoire.

[90] Le juge saisi de la requête a conclu à l’existence de la connaissance ou de l’insouciance requise quant à la fausseté de la déclaration, en l’occurrence le deuxième élément de la fraude civile, en raison de l’absence de démarches de la part de M. Hryniak pour s’assurer que les fonds seraient adéquatement investis et de son omission de vérifier que le destinataire éventuel des fonds, la New Savings Bank, était un établissement sûr. Le juge a également rejeté la thèse invoquée en défense selon laquelle les fonds avaient été dérobés, soulignant les démarches limitées prises par M. Hryniak pour recouvrer les fonds, celui-ci ayant attendu quelque 15 mois avant de signaler le vol apparent de 10,2 millions de dollars américains.

[91] Le juge saisi de la requête a conclu également à l’intention de M. Hryniak que ses fausses déclarations incitent le Groupe Mauldin à agir, ce qui constitue le troisième élément de la fraude civile. M. Hryniak a contracté un prêt de 76 000 dollars américains pour le compte de Fred Mauldin et a [TRADUCTION] « simulé une transaction », des gestes qui, selon le juge, ont été « posés [...] dans le but de dissuader le Groupe Mauldin d’exiger le remboursement de son placement » (par. 113). De plus, le juge a exposé en détail le rôle capital joué par M. Hryniak dans la multitude de tromperies qui ont amené le Groupe Mauldin à investir ses fonds et qui l’ont dissuadé de demander leur remboursement pendant quelque temps après que les fonds eurent été dérobés.

[92] Le dernier élément de la fraude civile, la perte, est manifestement présent. Le Groupe

US\$1.2 million and, but for a small return of US\$9,600 in February 2002, lost its investment.

[93] The motion judge found no credible evidence to support Hryniak's claim that he was a legitimate trader, and the outcome was therefore clear, so the motion judge concluded there was no issue requiring a trial. He made no palpable and overriding error in granting summary judgment.

(3) Did the Interest of Justice Preclude the Motion Judge From Using His Powers Under Rule 20.04?

[94] The motion judge did not err in exercising his fact-finding powers under Rule 20.04(2.1). He was prepared to sift through the detailed record, and was of the view that sufficient evidence had been presented on all relevant points to allow him to draw the inferences necessary to make dispositive findings under Rule 20. Further, while the amount involved is significant, the issues raised by Hryniak's defence were fairly straightforward. As the Court of Appeal noted, at root, the question turned on whether Hryniak had a legitimate trading program that went awry when the funds were stolen, or whether his program was a sham from the outset (para. 159). The plaintiffs are a group of elderly American investors and, at the return date of the motion, had been deprived of their funds for nearly a decade. The record was sufficient to make a fair and just determination and a timely resolution of the matter was called for. While the motion was complex and expensive, going to trial would have cost even more and taken even longer.

[95] Despite the fact that the Mauldin Group's claims against Peebles and Cassells Brock had to

Mauldin a investi 1,2 million de dollars américains et, à part un rendement pour la modique somme de 9 600 dollars américains reçue en février 2002, il a perdu son placement.

[93] Le juge saisi de la requête a conclu qu'il n'existait pas d'élément de preuve crédible à l'appui de la prétention de M. Hryniak selon laquelle ce dernier était un courtier légitime et l'issue était donc claire. Le juge a par conséquent conclu qu'il n'y avait pas de question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès. Il n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante en rendant un jugement sommaire.

(3) L'intérêt de la justice empêchait-il le juge saisi de la requête d'exercer les pouvoirs que lui confère la règle 20.04?

[94] Le juge saisi de la requête n'a pas commis d'erreur en exerçant les pouvoirs en matière de recherche des faits que lui confère le par. 20.04(2.1) des Règles. Il était disposé à examiner minutieusement le dossier détaillé et était d'avis que les éléments de preuve présentés sur tous les points pertinents suffisaient pour lui permettre de tirer les inférences nécessaires à la formulation de conclusions décisives en vertu de la règle 20. En outre, malgré l'importance de la somme en cause, les moyens invoqués par M. Hryniak dans sa défense étaient relativement simples. Comme l'a indiqué la Cour d'appel, il s'agissait fondamentalement de savoir si M. Hryniak avait mis en place un programme légitime de transaction de titres qui a mal tourné lorsque les fonds ont été dérobés, ou si son programme était factice depuis le début (par. 159). Les demandeurs forment un groupe d'investisseurs américains âgés qui, à la date de l'audition de la requête, avaient été privés de leurs fonds depuis près de 10 ans. Le dossier était suffisant pour permettre de rendre une décision juste et équitable et il fallait trancher l'affaire de façon expéditive. Bien que la requête se soit révélée complexe et onéreuse, la tenue d'un procès aurait été encore plus coûteuse et aurait duré encore plus longtemps.

[95] Même si les actions intentées par le Groupe Mauldin contre M. Peebles et le cabinet Cassells

proceed to trial, there is little reason to believe that granting summary judgment against Hryniak would have a prejudicial impact on the trial of the remaining issues. While the extent of the other defendants' involvement in the fraud requires a trial, that matter is not predetermined by the conclusion that Hryniak clearly was a perpetrator of the fraud. The motion judge's findings speak specifically to Hryniak's involvement and neither rely upon, nor are inconsistent with, the liability of others. His findings were clearly supported by the evidence. It was neither against the interest of justice for the motion judge to use his fact-finding powers nor was his discretionary decision to do so tainted with error.

## V. Conclusion

[96] Accordingly, I would dismiss the appeal, with costs to the respondents.

## APPENDIX

*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194

### RULE 20 SUMMARY JUDGMENT

**20.01 [Where Available]** (1) [To Plaintiff] A plaintiff may, after the defendant has delivered a statement of defence or served a notice of motion, move with supporting affidavit material or other evidence for summary judgment on all or part of the claim in the statement of claim.

(2) The plaintiff may move, without notice, for leave to serve a notice of motion for summary judgment together with the statement of claim, and leave may be given where special urgency is shown, subject to such directions as are just.

(3) [To Defendant] A defendant may, after delivering a statement of defence, move with supporting affidavit material or other evidence for summary judgment dismissing all or part of the claim in the statement of claim.

Brock devaient être instruites, il n'y a pas vraiment lieu de croire qu'un jugement sommaire rendu contre M. Hryniak aurait nui à l'instruction des autres questions litigieuses. Bien que l'étendue de la participation des autres défendeurs à la fraude nécessite la tenue d'un procès, la conclusion selon laquelle M. Hryniak était manifestement l'*un* des auteurs de la fraude ne résout pas d'avance cette question. Les conclusions du juge saisi de la requête traitent spécifiquement de la participation de M. Hryniak et ne reposent pas sur la responsabilité d'autres personnes, ni ne sont incompatibles avec leur responsabilité. Ses conclusions étaient clairement étayées par la preuve. L'exercice, par le juge, de ses pouvoirs en matière de recherche des faits n'allait pas à l'encontre de l'intérêt de la justice, et sa décision discrétionnaire d'exercer ces pouvoirs n'était pas non plus entachée d'erreur.

## V. Conclusion

[96] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur des intimés.

## ANNEXE

*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194

### RÈGLE 20 JUGEMENT SOMMAIRE

**20.01 [Applicabilité]** (1) [Au demandeur] Le demandeur peut, après que le défendeur a remis une défense ou signifié un avis de motion, demander, par voie de motion, appuyée d'un affidavit ou d'autres éléments de preuve, un jugement sommaire sur la totalité ou une partie de la demande formulée dans la déclaration.

(2) Le demandeur peut demander, par voie de motion présentée sans préavis, l'autorisation de signifier avec la déclaration un avis de motion en vue d'obtenir un jugement sommaire. L'autorisation peut être accordée en cas d'urgence extraordinaire, sous réserve de directives justes.

(3) [Au défendeur] Le défendeur peut, après avoir remis une défense, demander, par voie de motion appuyée d'un affidavit ou d'autres éléments de preuve, un jugement sommaire rejetant en totalité ou en partie la demande formulée dans la déclaration.

**20.02 [Evidence on Motion]** (1) An affidavit for use on a motion for summary judgment may be made on information and belief as provided in subrule 39.01(4), but, on the hearing of the motion, the court may, if appropriate, draw an adverse inference from the failure of a party to provide the evidence of any person having personal knowledge of contested facts.

(2) In response to affidavit material or other evidence supporting a motion for summary judgment, a responding party may not rest solely on the allegations or denials in the party's pleadings, but must set out, in affidavit material or other evidence, specific facts showing that there is a genuine issue requiring a trial.

**20.03 [Factums Required]** (1) On a motion for summary judgment, each party shall serve on every other party to the motion a factum consisting of a concise argument stating the facts and law relied on by the party.

(2) The moving party's factum shall be served and filed with proof of service in the court office where the motion is to be heard at least seven days before the hearing.

(3) The responding party's factum shall be served and filed with proof of service in the court office where the motion is to be heard at least four days before the hearing.

(4) Revoked.

**20.04 [Disposition of Motion]** (1) [General] Revoked.

(2) The court shall grant summary judgment if,

- (a) the court is satisfied that there is no genuine issue requiring a trial with respect to a claim or defence; or
- (b) the parties agree to have all or part of the claim determined by a summary judgment and the court is satisfied that it is appropriate to grant summary judgment.

(2.1) [Powers] In determining under clause (2)(a) whether there is a genuine issue requiring a trial, the

**20.02 [Preuves à l'appui d'une motion]** (1) Dans un affidavit à l'appui d'une motion visant à obtenir un jugement sommaire, une partie peut faire état des éléments qu'elle tient pour véridiques sur la foi de renseignements, comme le prévoit le paragraphe 39.01(4). Toutefois, dans le cas où la partie ne fournit pas le témoignage de toute personne ayant une connaissance directe des faits contestés, le tribunal peut en tirer des conclusions défavorables, s'il y a lieu, lors de l'audition de la motion.

(2) Lorsqu'une motion en vue d'obtenir un jugement sommaire est appuyée d'un affidavit ou d'autres éléments de preuve, la partie intimée ne peut pas se contenter uniquement des allégations ou dénégations contenues dans ses actes de procédure. Elle doit préciser, au moyen d'un affidavit ou d'autres éléments de preuve, des faits spécifiques indiquant qu'il y a une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'une instruction.

**20.03 [Mémoires requis]** (1) Dans le cas d'une motion en vue d'obtenir un jugement sommaire, chaque partie signifie aux autres parties à la motion un mémoire comprenant une argumentation concise exposant les faits et les règles de droit qu'elle invoque.

(2) Le mémoire de l'auteur de la motion est signifié et déposé, avec la preuve de la signification, au greffe du tribunal où la motion doit être entendue, au moins sept jours avant l'audience.

(3) Le mémoire de la partie intimée est signifié et déposé, avec la preuve de la signification, au greffe du tribunal où la motion doit être entendue, au moins quatre jours avant l'audience.

(4) Abrogé.

**20.04 [Décision sur la motion]** (1) [Dispositions générales] Abrogé.

(2) Le tribunal rend un jugement sommaire si, selon le cas :

- a) il est convaincu qu'une demande ou une défense ne soulève pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'une instruction;
- b) il est convaincu qu'il est approprié de rendre un jugement sommaire et les parties sont d'accord pour que tout ou partie de la demande soit décidé par jugement sommaire.

(2.1) [Pouvoirs] Lorsqu'il décide, aux termes de l'alinéa (2)a, s'il existe une véritable question litigieuse

court shall consider the evidence submitted by the parties and, if the determination is being made by a judge, the judge may exercise any of the following powers for the purpose, unless it is in the interest of justice for such powers to be exercised only at a trial:

1. Weighing the evidence.
2. Evaluating the credibility of a deponent.
3. Drawing any reasonable inference from the evidence.

(2.2) [Oral Evidence (Mini-Trial)] A judge may, for the purposes of exercising any of the powers set out in subrule (2.1), order that oral evidence be presented by one or more parties, with or without time limits on its presentation.

(3) [Only Genuine Issue Is Amount] Where the court is satisfied that the only genuine issue is the amount to which the moving party is entitled, the court may order a trial of that issue or grant judgment with a reference to determine the amount.

(4) [Only Genuine Issue Is Question Of Law] Where the court is satisfied that the only genuine issue is a question of law, the court may determine the question and grant judgment accordingly, but where the motion is made to a master, it shall be adjourned to be heard by a judge.

(5) [Only Claim Is For An Accounting] Where the plaintiff is the moving party and claims an accounting and the defendant fails to satisfy the court that there is a preliminary issue to be tried, the court may grant judgment on the claim with a reference to take the accounts.

**20.05 [Where Trial Is Necessary]** (1) [Powers of Court] Where summary judgment is refused or is granted only in part, the court may make an order specifying what material facts are not in dispute and defining the issues to be tried, and order that the action proceed to trial expeditiously.

(2) [Directions And Terms] If an action is ordered to proceed to trial under subrule (1), the court may give such directions or impose such terms as are just, including an order,

nécessitant la tenue d'une instruction, le tribunal tient compte des éléments de preuve présentés par les parties et, si la décision doit être rendue par un juge, ce dernier peut, à cette fin, exercer l'un ou l'autre des pouvoirs suivants, à moins qu'il ne soit dans l'intérêt de la justice de ne les exercer que lors d'un procès :

1. Apprécier la preuve.
2. Évaluer la crédibilité d'un déposant.
3. Tirer une conclusion raisonnable de la preuve.

(2.2) [Témoignage oral (mini-procès)] Un juge peut, dans le but d'exercer les pouvoirs prévus au paragraphe (2.1), ordonner que des témoignages oraux soient présentés par une ou plusieurs parties, avec ou sans limite de temps pour leur présentation.

(3) [Si la seule question litigieuse est le montant de la demande] Le tribunal, s'il est convaincu que la seule véritable question litigieuse porte sur le montant auquel l'auteur de la motion a droit, peut ordonner l'instruction de la question ou rendre un jugement et ordonner un renvoi afin de fixer le montant.

(4) [Si la seule question litigieuse est une question de droit] Le tribunal, s'il est convaincu que la seule véritable question litigieuse porte sur une question de droit, peut trancher cette question et rendre un jugement en conséquence. Toutefois, si la motion est présentée à un protonotaire, elle est déférée à un juge pour audition.

(5) [Demande de reddition de comptes seulement] Si le demandeur est l'auteur de la motion et qu'il demande une reddition de comptes, le tribunal peut rendre jugement sur la demande et ordonner un renvoi pour la reddition des comptes, à moins que le défendeur ne convainque le tribunal qu'une question préliminaire doit être instruite.

**20.05 [Nécessité d'une instruction]** (1) [Pouvoirs du tribunal] Si le jugement sommaire est refusé ou n'est accordé qu'en partie, le tribunal peut rendre une ordonnance dans laquelle il précise les faits pertinents qui ne sont pas en litige et les questions qui doivent être instruites. Il peut également ordonner que l'action soit instruite de façon expéditive.

(2) [Directives et conditions] Le tribunal qui ordonne l'instruction d'une action en vertu du paragraphe (1) peut donner les directives ou imposer les conditions qu'il estime justes, et ordonner notamment :

- (a) that each party deliver, within a specified time, an affidavit of documents in accordance with the court's directions;
- (b) that any motions be brought within a specified time;
- (c) that a statement setting out what material facts are not in dispute be filed within a specified time;
- (d) that examinations for discovery be conducted in accordance with a discovery plan established by the court, which may set a schedule for examinations and impose such limits on the right of discovery as are just, including a limit on the scope of discovery to matters not covered by the affidavits or any other evidence filed on the motion and any cross-examinations on them;
- (e) that a discovery plan agreed to by the parties under Rule 29.1 (discovery plan) be amended;
- (f) that the affidavits or any other evidence filed on the motion and any cross-examinations on them may be used at trial in the same manner as an examination for discovery;
- (g) that any examination of a person under Rule 36 (taking evidence before trial) be subject to a time limit;
- (h) that a party deliver, within a specified time, a written summary of the anticipated evidence of a witness;
- (i) that any oral examination of a witness at trial be subject to a time limit;
- (j) that the evidence of a witness be given in whole or in part by affidavit;
- (k) that any experts engaged by or on behalf of the parties in relation to the action meet on a without prejudice basis in order to identify the issues on which the experts agree and the issues on which they do not agree, to attempt to clarify and resolve any issues that are the subject of disagreement and to prepare a joint statement setting out the areas of agreement and any areas of disagreement and the reasons for it if, in the opinion of the court, the cost or time savings or other benefits that may be achieved from the
  - a) la remise par chaque partie, dans un délai déterminé, d'un affidavit de documents conformément aux directives du tribunal;
  - b) la présentation des motions dans un délai déterminé;
  - c) le dépôt, dans un délai déterminé, d'un exposé des faits pertinents qui ne sont pas en litige;
  - d) le déroulement des interrogatoires préalables conformément à un plan d'enquête préalable établi par le tribunal, dans lequel un calendrier des interrogatoires peut être fixé et des limites au droit à l'interrogatoire préalable qui sont justes peuvent être imposées, y compris la limitation de l'enquête préalable à des questions qui n'ont pas été traitées dans les affidavits ou les autres éléments de preuve présentés à l'appui de la motion et dans les contre-interrogatoires sur ceux-ci;
  - e) la modification d'un plan d'enquête préalable convenu par les parties en application de la Règle 29.1 (plan d'enquête préalable);
  - f) l'utilisation, à l'instruction, des affidavits ou des autres éléments de preuve présentés à l'appui de la motion et des contre-interrogatoires sur ceux-ci comme s'il s'agissait d'interrogatoires préalables;
  - g) la limitation de la durée de tout interrogatoire d'une personne prévu à la Règle 36 (obtention de dépositions avant l'instruction);
  - h) la remise par une partie, dans un délai déterminé, d'un résumé écrit de la déposition prévue d'un témoin;
  - i) la limitation de la durée de tout interrogatoire oral d'un témoin à l'instruction;
  - j) la présentation par affidavit de tout ou partie de la déposition d'un témoin;
  - k) la rencontre, sous toutes réserves, des experts engagés par les parties ou en leur nom relativement à l'action pour déterminer les questions en litige sur lesquelles ils s'entendent et celles sur lesquelles ils ne s'entendent pas, pour tenter de clarifier et régler toute question en litige qui fait l'objet d'un désaccord et pour rédiger une déclaration conjointe exposant les sujets d'entente et de désaccord ainsi que les motifs de ceux-ci, s'il estime que les économies de temps ou d'argent ou les autres avantages qui peuvent

meeting are proportionate to the amounts at stake or the importance of the issues involved in the case and,

- (i) there is a reasonable prospect for agreement on some or all of the issues, or
- (ii) the rationale for opposing expert opinions is unknown and clarification on areas of disagreement would assist the parties or the court;
- (l) that each of the parties deliver a concise summary of his or her opening statement;
- (m) that the parties appear before the court by a specified date, at which appearance the court may make any order that may be made under this subrule;
- (n) that the action be set down for trial on a particular date or on a particular trial list, subject to the direction of the regional senior judge;
- (o) for payment into court of all or part of the claim; and
- (p) for security for costs.

(3) [Specified Facts] At the trial, any facts specified under subrule (1) or clause (2)(c) shall be deemed to be established unless the trial judge orders otherwise to prevent injustice.

(4) [Order re Affidavit Evidence] In deciding whether to make an order under clause (2)(j), the fact that an adverse party may reasonably require the attendance of the deponent at trial for cross-examination is a relevant consideration.

(5) [Order re Experts, Costs] If an order is made under clause (2)(k), each party shall bear his or her own costs.

(6) [Failure To Comply With Order] Where a party fails to comply with an order under clause (2)(o) for payment into court or under clause (2)(p) for security for costs, the court on motion of the opposite party may dismiss the action, strike out the statement of defence or make such other order as is just.

(7) Where on a motion under subrule (6) the statement of defence is struck out, the defendant shall be deemed to be noted in default.

en découler sont proportionnels aux sommes en jeu ou à l'importance des questions en litige dans la cause et que, selon le cas :

- (i) il y a des perspectives raisonnables d'en arriver à un accord sur une partie ou l'ensemble des questions en litige;
- (ii) le fondement des opinions d'experts contraires est inconnu et qu'une clarification des questions faisant l'objet d'un désaccord aiderait les parties ou le tribunal;
- l) la remise par chacune des parties d'un résumé concis de sa déclaration préliminaire;
- m) la comparution des parties devant le tribunal au plus tard à une date déterminée, comparution au cours de laquelle le tribunal peut rendre toute ordonnance qu'autorise le présent paragraphe;
- n) l'inscription de l'action pour instruction à une date donnée ou son inscription à un rôle donné, sous réserve des directives du juge principal régional;
- o) la consignation de la totalité ou d'une partie de la somme demandée;
- p) le versement d'un cautionnement pour dépens.

(3) [Faits précisés] Lors de l'instruction, les faits précisés conformément au paragraphe (1) ou à l'alinéa (2)c) sont réputés établis, à moins que le juge du procès n'ordonne autrement afin d'éviter une injustice.

(4) [Ordonnance : déposition par affidavit] Lorsqu'il est décidé si une ordonnance doit être rendue en vertu de l'alinéa (2)j), le fait qu'une partie opposée peut être fondée à exiger la présence du déposant à l'instruction pour le contre-interroger constitue un facteur pertinent.

(5) [Ordonnance : experts, dépens] Si une ordonnance est rendue en vertu de l'alinéa (2)k), chaque partie paie ses propres dépens.

(6) [Défaut de se conformer à l'ordonnance] Si une partie ne se conforme pas à une ordonnance de consignation prévue à l'alinéa (2)o) ou à une ordonnance de cautionnement pour dépens prévue à l'alinéa (2)p), le tribunal peut, sur motion de la partie adverse, rejeter l'action, radier la défense ou rendre une autre ordonnance juste.

(7) Si la défense est radiée sur motion présentée en application du paragraphe (6), le défendeur est réputé constaté en défaut.

**20.06 [Costs Sanctions For Improper Use Of Rule]** The court may fix and order payment of the costs of a motion for summary judgment by a party on a substantial indemnity basis if,

- (a) the party acted unreasonably by making or responding to the motion; or
- (b) the party acted in bad faith for the purpose of delay.

**20.07 [Effect of Summary Judgment]** A plaintiff who obtains summary judgment may proceed against the same defendant for any other relief.

**20.08 [Stay of Execution]** Where it appears that the enforcement of a summary judgment ought to be stayed pending the determination of any other issue in the action or a counterclaim, crossclaim or third party claim, the court may so order on such terms as are just.

**20.09 [Application to Counterclaims, Crossclaims And Third Party Claims]** Rules 20.01 to 20.08 apply, with necessary modifications, to counterclaims, crossclaims and third party claims.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Solicitors for the respondents: Heydary Hamilton, Toronto.*

*Solicitors for the intervenor the Ontario Trial Lawyers Association: Allan Rouben, Toronto; SBMB Law, Richmond Hill, Ontario.*

*Solicitors for the intervenor the Canadian Bar Association: Evans Sweeny Bordin, Hamilton; Sotos, Toronto.*

**20.06 [Condamnation aux dépens pour usage abusif de la règle]** Le tribunal peut fixer les dépens d'une motion visant à obtenir un jugement sommaire sur une base d'indemnisation substantielle et en ordonner le paiement par une partie si, selon le cas :

- a) la partie a agi déraisonnablement en présentant la motion ou en y répondant;
- b) la partie a agi de mauvaise foi dans l'intention de causer des retards.

**20.07 [Effet du jugement sommaire]** Le demandeur qui obtient un jugement sommaire peut poursuivre le même défendeur pour d'autres mesures de redressement.

**20.08 [Sursis d'exécution]** Le tribunal, s'il constate qu'il devrait être sursis à l'exécution d'un jugement sommaire en attendant le règlement d'une autre question en litige dans l'action, d'une demande reconventionnelle, d'une demande entre défendeurs ou d'une mise en cause, peut ordonner le sursis à des conditions justes.

**20.09 [Application aux demandes reconventionnelles, aux demandes entre défendeurs et aux mises en cause]** Les règles 20.01 à 20.08 s'appliquent, avec les modifications nécessaires, aux demandes reconventionnelles, aux demandes entre défendeurs et aux mises en cause.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelant : McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureurs des intimés : Heydary Hamilton, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Ontario Trial Lawyers Association : Allan Rouben, Toronto; SBMB Law, Richmond Hill, Ontario.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Evans Sweeny Bordin, Hamilton; Sotos, Toronto.*

the evidence: the narrative that counsel can build through trial, the ability of witnesses to speak in their own words, and the assistance of counsel in sifting through the evidence (para. 54).

[55] The respondents, as well as the interveners, the Canadian Bar Association, the Attorney General of Ontario and the Advocates' Society, submit that the Court of Appeal's emphasis on the virtues of the traditional trial is misplaced and unduly restrictive. Further, some of these interveners submit that this approach may result in the creation of categories of cases inappropriate for summary judgment, and this will limit the development of the summary judgment vehicle.

[56] While I agree that a motion judge must have an appreciation of the evidence necessary to make dispositive findings, such an appreciation is not only available at trial. Focussing on how much and what kind of evidence could be adduced at a trial, as opposed to whether a trial is "requir[ed]" as the Rule directs, is likely to lead to the bar being set too high. The interest of justice cannot be limited to the advantageous features of a conventional trial, and must account for proportionality, timeliness and affordability. Otherwise, the adjudication permitted with the new powers — and the purpose of the amendments — would be frustrated.

[57] On a summary judgment motion, the evidence need not be equivalent to that at trial, but must be such that the judge is confident that she can fairly resolve the dispute. A documentary record, particularly when supplemented by the new fact-finding tools, including ordering oral testimony, is often sufficient to resolve material issues fairly and justly. The powers provided in Rules 20.04(2.1) and (2.2) can provide an equally valid, if less extensive, manner of fact finding.

appréciation de la preuve, à savoir l'exposé que l'avocat peut présenter lors d'un procès, la possibilité pour les témoins de s'exprimer dans leurs propres mots et l'aide des avocats pour passer en revue les éléments de preuve (par. 54).

[55] Les intimés ainsi que les intervenants, soit l'Association du Barreau canadien, le procureur général de l'Ontario et l'Advocates' Society, plaident que l'importance accordée par la Cour d'appel aux vertus du procès traditionnel est injustifiée et indûment restrictive. De plus, selon certains intervenants, cette approche peut donner lieu à la création de catégories de cas qui ne se prêtent pas à un jugement sommaire, ce qui aura pour effet de freiner l'évolution de la procédure de jugement sommaire.

[56] Je conviens certes que le juge saisi d'une requête doit avoir une connaissance de la preuve nécessaire pour tirer des conclusions décisives, mais le procès n'est pas le seul moyen d'acquérir cette connaissance. Mettre l'accent sur la quantité et la nature des éléments de preuve qui peuvent être présentés au procès, plutôt que sur la question de savoir si la tenue d'un procès est « nécessaire », comme le prévoit la règle, pourrait amener le juge à fixer un critère trop exigeant. L'intérêt de la justice ne saurait être limité aux caractéristiques avantageuses du procès conventionnel et il doit tenir compte de la proportionnalité, de la célérité et de l'accessibilité économique. Sinon, le processus décisionnel permis par les nouveaux pouvoirs — ainsi que l'objet des modifications — seraient contrecarrés.

[57] Dans le cadre de la procédure par jugement sommaire, il n'est pas nécessaire que la preuve soit la même que celle présentée lors d'un procès, mais elle doit être telle que le juge soit confiant de pouvoir résoudre équitablement le litige. La preuve documentaire, surtout si elle est complétée au moyen des nouveaux outils de recherche des faits, y compris des témoignages oraux, est souvent suffisante pour trancher des questions importantes de manière juste et équitable. L'exercice des pouvoirs prévus aux par. 20.04(2.1) et (2.2) des Règles peut déboucher sur une recherche des faits tout aussi valable, voire plus brève.

- at page 179

REGINA v. BEHM

Quebec Court of Appeal, Tremblay, C.J.Q., Casey, Hyde, Rinfret and  
Montgomery, J.J.A. August 7, 1969.

1969 CanLii 995 (QC CA)

*Morris J. Fish*, for accused, appellant.

*Jacques A. Belisle*, for the Crown, respondent.

TREMBLAY, C.J.Q. (translation) :—The question is whether the *Export and Import Permits Act*, 1953-54 (Can.), c. 27, by which the Governor in Council may “establish a list of goods, . . . including therein any article the export of which he deems it necessary to control for any of the . . . purposes” enumerated in the Act, authorizes him to include in this list “silver coins”.

This is the charge which is being brought against Dennis H. Behm:

Dennis H. BEHM of the City of Brooklyn of United States of America in the State of New York did, on or about the 8th JULY 1968 at Blackpool in the said District and Province, did without the authority in writing of The Minister, unlawfully and knowingly commit acts in Canada that caused or assisted or were intended to cause or assist a shipment of goods to wit: an amount of approximately \$22,000.00 (twenty-two Thousand dollars), in Canadian \$0.25 and \$0.10 silver coins, which are included in the Export Control List and shown as Item No. 5666 thereon, to be made, from Canada to the United States of America, which Country is included in the area Control List, the whole contrary to Section 15 of the Export and Import Permits Act, 1953-54 c. 27 and amendments, thereby committing a criminal offence.

When he first appeared in Court, he elected trial before a Judge alone and entered a plea of guilty. The trial Judge fined him \$5,000 or one year in gaol.

He maintains on appeal that the judgment entered against him

is null and void in that it was made upon a plea of guilty to an information laid in virtue of Order-in-Council P.C. 1967-35 of January 12, 1967 (SOR/67-49), which is illegal, ultra vires and of no legal effect, since the Governor-in-Council lacked authority to pass it under the Export and Import Permits Act, S.C. 1953-54, c. 27 and its amendments.

Section 3 of the *Export and Import Permits Act* states as follows:

3. The Governor in Council may establish a list of goods, to be called an Export Control List, including therein any article the export of which he deems it necessary to control for any of the following purposes, namely,

- (a) to ensure that arms, ammunition, implements or munitions of war, naval, army or air stores or any articles deemed capable of being converted thereinto or made useful in the production thereof or otherwise having a strategic nature or value will not be made available to any destination wherein their use might be detrimental to the security of Canada;
- (b) to implement an intergovernmental arrangement or commitment; or
- (c) to ensure that there is an adequate supply and distribution of such article in Canada for defence or other needs.

In the English text, the word "goods" corresponds to the word "marchandises" and the word "article" to the word "article".

The Act prohibits the export of articles included in the "export control list" without a permit issued by the Minister of Trade and Commerce and imposes sanctions for violations.

By virtue of the powers which this Act confers upon him, the Governor in Council established an export control list which he modified or replaced from time to time. On June 2, 1967, by Order in Council P.C. 1967-1122, SOR/67-288, the validity of which Behm challenges, there was added to the list the following item:

5666. Silver coin; silver, wrought or unwrought; silver alloys, wrought or unwrought; silver chemicals, salts and compounds; silver and silver alloy scrap. (*All destinations including the United States*).

Behm's first submission is that the Act authorizes control of the export of goods only and that coins are not goods.

In order to weigh this argument I must make ventures into considerations foreign to my field which may possibly be amusing to the professional economist. I make excuses for myself but I have no choice.

There are two aspects under which we can consider money: the instrument of exchange and the matter of which the instrument is constituted. As an instrument of exchange there is a great difference between a \$1 bill and a \$1,000 bill. But as between the paper of these two bills, there is no difference in value, or at least no significant difference in value. Similarly, the instrument of exchange constituted by this \$1 bill is worth four times the instrument of exchange which is constituted by a 25¢ piece. But as between the substances which constitute these instruments of exchange, the value of the metal in the 25¢ piece is greater by far than that of the paper in the \$1 bill.

I am led to think that if we are concerned with them as instruments of exchange, Behm is right in his submission that coins are not goods. Money is what we give as the price for goods which we obtain. But if we are concerned with the substance of which money is constituted, it seems clear to me that this substance is a "good". The Nouveau Larousse dictionary (in two volumes, 1949) defines "marchandises" (goods) as "tout ce qui se vend et s'achète" (all that can be bought and sold). Metal and paper are objects which can be bought and sold.

We must therefore seek to find under which aspect the Governor in Council considers coins in the present Order. The first thing I notice is that the only coins mentioned are "silver coins", that is, coins made of metal which we call "silver". Why be limited to silver coins if it is the export of money which is to be regulated since it is possible to conveniently export amounts infinitely more considerable in paper money? Also, I notice that all other objects the export of which the Order seeks to regulate are related to money as a metal and not as an instrument of exchange.

I therefore conclude that the Governor in Council has regulated the export of silver as a metal and that this metal is a "good" and an article within the meaning of the *Export and Import Permits Act*.

Secondly, Behm claims that the Order did not meet any of the purposes included in s. 3 of the *Export and Import Permits Act*.

We can at once say that the record does not reveal the purpose sought by the Governor in Council. But the Act authorizes him "to regulate the export of any article which he deems it necessary to control for any of the [mentioned] purposes". The Legislature entrusts the matter to the Governor in Council and not to the Courts.

In *Reference re Regulations (Chemicals) under War Measures Act*, [1943] 1 D.L.R. 248, 79 C.C.C. 1, [1943] S.C.R. 1, which dealt with the validity of an Order adopted in relation to the *War Measures Act*, R.S.C. 1927, c. 206, authorizing the Governor in Council to "make . . . orders and regulations, as he may . . . deem necessary or advisable for the security, defence, peace, order and welfare of Canada", Duff, C.J.C., wrote (pp. 255-6) :

The enactment is, of course, of the highest political nature. It is the attribution to the Executive Government of powers legislative in their character, described in terms implying nothing less than a plenary discretion, for securing the safety of the country in time of war. Subject only to the fundamental conditions explained above (and the specific provisions enumerated), when Regulations have been passed by the Governor-General in Council in professed fulfilment of his statutory duty, I cannot agree that it is competent to any Court to canvass the considerations which have, or may have, led him to deem such Regulations necessary or advisable for the transcendent objects set forth. The authority and the duty of passing on that question are committed to those who are responsible for the security of the country — the Executive Government itself, under, I repeat, its responsibility to Parliament. The words are too plain for dispute: the measures authorized are such as the Governor-General in Council (not the Courts) deems necessary or advisable.

Rinfret, J., on that same occasion stated [pp. 261-2] :

That Act conferred on the Governor in Council subordinate legislative powers; and it is conceded that it was within the legislative jurisdiction of Parliament so to do. In fact, delegation to other agencies is, in itself, one of the things that the Governor in Council may, under the Act, deem "advisable for the security, defence, peace, order and welfare of Canada" in the conduct of the war. The advisability of the delegation is in the discretion of the Governor in Council; and once the discretion is exercised, the resulting enactment is a law by which every Court is bound in the same manner and to the same extent as if Parliament had enacted it, or as if it were part of the common law — subject always to the conditions already stated. For a Court to review the enactment would be to assume the role of legislator.

The Governor in Council enacted the Order in Council, the validity of which Behm challenges, because, in his opinion, it fulfilled one of the purposes contained in the Act. It was to his judgment and not that of the Courts that Parliament has confided that matter. It is possible that if Behm demonstrated clearly that the purpose sought by the Governor in Council is foreign to those contained within the Act, we would be bound to intervene, but this is not the case. Quite to the contrary, I am able to conceive that money as a metal has a strategic value or that the aim sought is "to implement

an intergovernmental arrangement or commitment". I cannot presume that the Governor in Council has acted contrary to the law.

I would dismiss the appeal.

CASEY, J.A.:—Whatever may be the normal meaning of the words "goods" or "marchandises" the Act extends them to anything that, in the opinion of the Executive, should be controlled for the purposes set out in s. 3. This language is broad enough to include silver in all its forms.

I would dismiss this appeal.

HYDE, J.A.:—Appellant has appealed from his conviction by a Judge of the Court of Sessions of the Peace, District of Iberville, on July 9, 1968, following a plea of guilty upon the following charge:

Dennis H. BEHM of the City of Brooklyn of United States of America in the State of New York did, on or about the 8th JULY 1968 at Blackpool in the said District and Province, did without the authority in writing of The Minister, unlawfully and knowingly commit acts in Canada that caused or assisted or were intended to cause or assist a shipment of goods to wit: an amount of approximately \$22,000.00 (twenty-two Thousand dollars) in Canadian \$0.25 and \$0.10 silver coins, which are included in the Export Control List and shown as Item No. 5666 thereon, to be made, from Canada to the United States of America, which Country is included in the area Control List, the whole contrary to Section 15 of the Export and Import Permits Act, 1953-54, c. 27 and amendments, thereby committing a criminal offence.

He was sentenced to a fine of \$5,000 and in default to imprisonment for one year.

By his appeal appellant now asks that his conviction be set aside as the offence for which he was charged is based on:

Order-in-Council P.C. 1967-35 of January 12, 1967 (SOR/67-49), which is illegal, ultra vires and of no legal effect, since the Governor-in-Council lacked authority to pass it under the *Export and Import Permits Act*, S.C. 1953-54, c. 27 and its amendments.

Section 3 of the *Export and Import Permits Act* reads as follows:

3. The Governor in Council may establish a list of goods, to be called an Export Control List, including therein any article the export of which he deems it necessary to control for any of the following purposes, namely,

- (a) to ensure that arms, ammunition, implements or munitions of war, naval, army or air stores or any articles deemed capable of being converted thereto or made useful in the production thereof or otherwise having a strategic nature or value will not be made available to any destina-

tion wherein their use might be detrimental to the security of Canada;

- (b) to implement an intergovernmental arrangement or commitment; or
- (c) to ensure that there is an adequate supply and distribution of such article in Canada for defence or other needs.

Item 5666 in the export control list was enacted by Order in Council, P.C. 1967-1122 [SOR/67-288] on June 2, 1967, and it provides:

1. The *Export Control List* is amended by adding thereto, immediately after item 5665 thereof, the following item:

"5666. Silver coin; silver, wrought or unwrought; silver alloys, wrought or unwrought; silver chemicals, salts and compounds; silver and silver alloy scrap. (*All destinations including the United States*.)"

Appellant contends that "silver coin" is not "goods" or the equivalent "marchandises" used in the French text of s. 3 of the Act.

I agree with the reasoning of the Chief Justice based on the French text and consider that one must reach the same conclusion on the English. "Goods" in the plural, specifically, according to the Shorter Oxford English Dictionary, means "Merchandise, wares (now chiefly manufactured articles)". "Merchandise" in turn is defined as "the commodities of commerce; movables which may be bought and sold".

Silver must certainly come within these and the text of item 5666 leads to the conclusion that it is the silver content of the various things listed which is the common denominator. To attempt to control the export of silver without including silver coins would be ridiculous.

I have also had the advantage of reading the very well-reasoned judgment of Vanek, Judge of the Ontario Provincial Court in *R. v. Cross*, rendered on February 14, 1969, and which I hope will soon be reported [see *R. v. Vanek, Ex p. Cross*, 6 D.L.R. (3d) 591, [1970] 1 C.C.C. 111, [1969] 2 O.R. 724]. He had exactly the same problem and distinguishes, at some length, from the decision of Sankey, J., in *Attorney-General v. Brown*, [1920] 1 K.B. 773 cited to us by appellant in support of his *ejusdem generis* argument regarding the words "or other needs" in s. 3(c) of the Act.

I agree with Vanek, J., that we are dealing with quite a different text and I find his reasoning leading to the validity of item 5666 most compelling.

For these reasons and those more fully given by the Chief Justice, I would dismiss this appeal.

RINFRET, J.A. (translation) :—I share the views of the Chief Justice and Mr. Justice Hyde; like them, and for the reasons which they have given, I would dismiss the appeal.

MONTGOMERY, J.A.:—For the reasons given by the Chief Justice and Mr. Justice Hyde, I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

1969 CanLII 995 (QC CA)

at pages 594- 595

REGINA V. VANEK, EX P. CROSS

591

1969 CanLII 888 (ON SC)

REGINA v. VANEK, Ex parte CROSS

*Ontario High Court, Osler, J.* April 8, 1969.

*B. Sischy*, for applicant.

*N. A. Chalmers*, Q.C., for the Crown, respondent.

OSLER, J.:—This was an application for an order by way of prohibition preventing David Vanek, Q.C., Prov.Ct.J., or any other Judge of a Provincial Court from taking any further proceedings in a certain matter concerning two alleged offences set out in the information of Charles Frederick Martyn wherein it was alleged that the present applicant, William Kinloch Cross, was guilty of two offences in violation of s. 13 of the *Export and Import Permits Act*, 1953-54 (Can.), c. 27, and amendments.

The Act provides in s. 13 as follows:

13. No person shall export or attempt to export any goods included in an Export Control List or any goods to any country included in an Area Control List except under the authority of and in accordance with an export permit issued under this Act.

Under s. 19 of the Act the violation of any of its provisions is made an offence and is liable on summary conviction to a fine not exceeding \$5,000 or to imprisonment for a term not exceeding 12 months or to both; or on conviction upon indictment to a fine of up to \$25,000, imprisonment for a term not exceeding five years or to both.

Section 20 of the Act provides that where an offence under the Act has been committed by a corporation, any person who at the time of the commission of the offence was a director or officer is guilty of the like offence upon proof that the act or omission constituting the offence took place with his knowledge or that he failed to exercise due diligence to prevent it.

Section 3 of the Act is in the following terms:

8. The Governor in Council may establish a list of goods, to be called an Export Control List, including therein any article the export of which he deems it necessary to control for any of the following purposes, namely,

- (a) to ensure that arms, ammunition, implements or munitions of war, naval, army or air stores or any articles deemed capable of being converted thereinto or made useful in the production thereof or otherwise having a strategic nature or value will not be made available to any destination wherein their use might be detrimental to the security of Canada;
- (b) to implement an intergovernmental arrangement or commitment; or
- (c) to ensure that there is an adequate supply and distribution of such article in Canada for defence or other needs.

Apparently acting under the provisions of the above section, the Governor in Council did establish an Export Control List. P.C. 1967/1122, SOR/67-288, passed on June 2, 1967, is in the following terms:

1. The *Export Control List* is amended by adding thereto, immediately after item 5665 thereof, the following item:

"5666. Silver coin; silver, wrought or unwrought; silver alloys, wrought or unwrought; silver chemicals, salts and compounds; silver and silver alloy scrap. (*All destinations including the United States*)."

The specific charges against the present applicant were that he did on one occasion "export goods included in an Export Control List . . . namely 4 bags of Canadian Silver coin having

an aggregate face value of \$4,000.00 . . . from Canada to Switzerland without the authority of an Export permit . . . in violation of section 18 of the said Act . . ." and further that he did on another occasion ". . . export goods included in an Export Control List . . . namely 11 bags of Canadian silver coin having an aggregate face value of \$10,400.00 . . . from Canada to Switzerland without the authority of an Export Permit . . . and the said William Kinloch Cross did thereby commit an offence by operation of section 20 of the said Act . . ."

The grounds set out in the notice of motion before me were<sup>1969 CanLII 888 (ONSC)</sup> the following:

- (a) That the Summons herein does not disclose an offence known to the Law.
- (b) That the Order in Council . . . is ultra vires the enabling Act, . . . insofar as such Order in Council purports to affect silver coin.
- (c) That silver coin is money and therefore not "goods" and is therefore not subject to The Export and Import Permits Act, S.C. 1953-54 C. 27, which said Act may control the export and import of "goods" only.
- (d) That the said Judge has no jurisdiction to this matter (sic) because no offence has been disclosed against the Applicant.

On the argument before me, counsel for the applicant confined himself to two principal submissions. It was urged that in the first place the word "goods" does not include money and hence cannot be held to include silver coin. As an alternative to this submission it was urged that even if the word "goods" could be construed so as to include money in the form of coin in certain circumstances, it should not be so construed when considering the application of a statute penal in nature.

The second principal submission of the applicant was that even if current silver coin or money can be considered to fall within the concept of "goods", to so include it cannot further any of the purposes set out in s. 3 of the Act and hence the Order in Council which added silver coin to the Export Control List is *ultra vires*.

I was referred to a number of cases which pointed generally in the direction taken in the first submission of the applicant, namely, that "goods" are almost invariably treated in common law countries as being something different from money. It was pointed out as well that the *Sale of Goods Act* in force virtually throughout the common law world excluded money from the definition of "goods".

There are cases, however, which make it perfectly apparent that the Courts have from time to time recognized that those

things which are normally used as money, for example, notes and coins, may on occasion be treated with regard to the intrinsic nature of the substances themselves and the other uses to which they may be put rather than being treated exclusively as money, simply because they were used more frequently for the latter purpose.

In my view the learned Provincial Judge was right when he stated at p. 14 of his preliminary decision as follows:

Coin is not money, therefore, when it is not used as a means of exchange or in its aspect as money. For example, antique coins that are bought and sold in retail shops are treated as wares or merchandise and are goods even within the restricted meaning of the *Sale of Goods Act*, R.S.O. 1960, c. 358.

The learned Provincial Judge goes on to set out a sentence from Funk & Wagnall's Standard Dictionary which furnishes a further example:

Bullion is either gold or silver uncoined or the coined metal *considered without reference to its coinage, but simply as merchandise*, when its value as bullion may be very different from its value as money.

(Emphasis added.)

I am therefore not prepared to say that the power given to the Governor in Council to establish a list of goods which may be placed on the control list cannot include the power to add to such list such an item as silver coin.

But the second branch of the argument is that even granting the conclusion I have reached above, no power exists in the Governor in Council to include in the Export Control List under control any article unless it is in fact necessary to control the export of such article for one of the purposes set out in s. 3 and that silver coin does not come within one of those purposes.

The answer to this submission is, in my view, that no one can say at this stage of the proceedings when no evidence whatever has been given, that silver coin cannot be "deemed capable of being converted (into munitions or military stores) or made useful in the production thereof . . .". Nor can it be said, in my view, that it is apparent that there is no need to ensure an adequate supply of silver coin in Canada "for defence or other needs".

However, in my opinion, this last branch of the inquiry need not be made because as I understand the law, under such a provision as s. 3 of the Act herein under review, if the Governor in Council "deems" that conditions such as set out in s. 3(a), (b) and (c) exist, then I doubt whether it is within

the competence of this Court to question whether it was right in the circumstances so to deem. Although the Court was there concerned with the *War Measures Act*, the reference of Sir Lyman P. Duff, C.J.C., of the report of *Reference re Regulations (Chemicals) under War Measures Act*, [1943] S.C.R. 1 at p. 12, [1943] 1 D.L.R. 248 at p. 255, 79 C.C.C. 1 at pp. 9-10, cannot be overlooked. The passage to which I refer is as follows:

Subject only to the fundamental conditions explained above, (and the specific provisions enumerated), when Regulations have been passed by the Governor General in Council in professed fulfilment<sup>88</sup> of his statutory duty, I cannot agree that it is competent to any<sup>89</sup> court to canvass the considerations which have, or may have, led him to deem such Regulations necessary or advisable for the transcendent objects set forth.

Finally, while the evidence developed at the trial may very<sup>90</sup> well show that what was attempted to be exported was not being treated as coin in other than a monetary sense, thus strengthening the argument that it could not be included within the meaning of the Order in Council and much scope for argument may be developed on other grounds, I cannot see that the arguments advanced at this stage go to the jurisdiction of the Provincial Judge.

On the face of it, an offence against an Order in Council which appears to have been within the competence of the Governor in Council has been charged. Provision is made in the relevant statute for prosecution in a summary way and under these provisions the learned Provincial Judge is purporting to proceed. Evidence may well show that no offence was in fact committed but on the face of it, there is nothing here going to jurisdiction and in my view prohibition would lie only if jurisdiction was in issue. See *R. v. Toronto Magistrates, Ex p. Bassett*, [1966] 2 O.R. 723, [1967] 1 C.C.C. 251.

For the above reasons, the motion will be dismissed. I do not consider it a proper case for costs and there will, accordingly, be none ordered.

*Application dismissed.*

[Discover Thomson Reuters](#)[Directory of sites](#)[Login](#)[Contact](#)[Support](#)**REUTERS**[Business](#) [Markets](#) [World](#) [Politics](#) [TV](#) [More](#)**LIFESTYLE** JANUARY 24, 2013 / 11:20 PM / 6 YEARS AGO

# Rare 1794 silver dollar sells for record \$10 million at U.S. auction

Patricia Reaney

3 MIN READ



NEW YORK (Reuters) - A 1794 silver dollar, which many experts believe was the first such coin struck by the U.S. Mint, sold for a record \$10 million at auction on Thursday.

A Flowing Hair Silver Dollar, the first silver dollar struck by the United States Mint is pictured in this undated handout photo obtained by Reuters January 24, 2013. REUTERS/Stack's Bowers Galleries/Handout

The Flowing Hair Silver Dollar more than doubled the previous \$4.1 million record for a coin set in 1999, auction house Stack's Bowers Galleries said.

Legend Numismatics, a rare-coin firm based in New Jersey, bought the coin, which was the highlight of the evening sale in New York that fetched a total of \$17.2 million.

"We felt in our heart that this would be the very first coin to exceed the \$10 million barrier in auction and were in fact prepared to bid much high in order to acquire this unique piece of history," the company said in a statement, adding it had no plans to sell the coin in the near future.

David Bowers, chairman emeritus of Stack's Bowers Galleries, said the coin has unique features that make it particularly valuable.

"It is the first American metal dollar struck and the finest known. You have these combinations coming together. No museum has an equal piece," he told Reuters.

The coin was part of the Cardinal Collection, amassed by the collector Martin Logies. Bowers described the collection as the "Old Masters" of coins struck during the earliest years of the U.S. Mint.

"I think it is extraordinary and I am very pleased that the first silver dollar is the first to top the \$10 million threshold," said Logies, who purchased the coin three years ago.

The \$10 million price includes the buyer's commission.

Like the buoyant art market, which is expecting another good year in 2013, Bowers said coins are a good investment, have a worldwide market and have risen steadily in value.

"We're continually surprised by surprises," he said, adding there are several million coin collectors around the globe. "They want to collect coins for appreciation, art, rarity and beauty."

The record-setting coin shows a profile of Miss Liberty facing right surrounded by stars representing each state in the union. The design was only used in 1794 and briefly the following year.

Another top seller in the sale of 94 lots was the 1792 Half Disme, which dates back to David Rittenhouse, the first director of the U.S. Mint. It fetched \$975,000, excluding the 17.5 percent buyer's commission.

Reporting by Patricia Reaney; Editing by Jill Serjeant and Eric Beech

*Our Standards:* [The Thomson Reuters Trust Principles](#).

UNITED STATES OF AMERICA

HALF DOLLAR

GENUINE XF DETAIL

