

A-476-08
2009 FCA 295

A-476-08
2009 CAF 295

The Commissioner of Competition (*Appellant*)

La Commissaire de la concurrence (*appelante*)

v.

c.

Premier Career Management Group Corp. and Minto Roy (*Respondents*)

Premier Career Management Group Corp. et Minto Roy (*intimés*)

INDEXED AS: CANADA (COMMISSIONER OF COMPETITION) v. PREMIER CAREER MANAGEMENT GROUP CORP.

RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE) c. PREMIER CAREER MANAGEMENT GROUP CORP.

Federal Court of Appeal, Létourneau, Sexton and Layden-Stevenson JJ.A.—Toronto, September 16; Ottawa, October 15, 2009.

Cour d'appel fédérale, juges Létourneau, Sexton et Layden-Stevenson, J.C.A.—Toronto, 16 septembre; Ottawa, 15 octobre 2009.

Competition — Appeal from Competition Tribunal decision holding that, although respondents' representations to potential clients misleading, representations not made "to the public" within meaning of Competition Act, s. 74.01(1)(a) — Respondents operating career consulting business — Making number of allegedly misleading representations to potential clients regarding clients' prospects for success in job market if deciding to use respondents' services — Tribunal erring in law when holding respondents' representations not made "to the public" — Fact representations made in private not dictating representations not made to public — If communications reaching significant portion of public, made "to the public" — Respondents' misrepresentations playing key role in decisions of some customers to choose respondents over other agencies — Behaviour targeted falling squarely within ambit of Act — Tribunal correctly construing respondents' representations, not committing palpable, overriding error in analysing whether respondents' representations misleading — Appeal allowed.

Concurrence — Appel d'une décision par laquelle le Tribunal de la concurrence a statué que même si les indications données par les intimés à leurs clients éventuels étaient trompeuses, elles n'avaient pas été données « au public » au sens de l'art. 74.01(1)a) de la Loi sur la concurrence — Les intimés exploitaient une entreprise de services d'orientation de carrière — Ils auraient donné à d'éventuels clients des indications trompeuses quant aux perspectives de réussite sur le marché du travail que ces services leur ouvriraient — Le Tribunal a commis une erreur de droit en statuant que les indications des intimés n'avaient pas été données « au public » — Le fait que les indications aient été formulées en privé ne voulait pas dire qu'elles n'aient pas été données au public — Si les indications sont communiquées à une partie appréciable du public, elles sont données « au public » — Les indications trompeuses données par les intimés ont joué un rôle clé dans la décision d'au moins certains clients de retenir les services des intimés plutôt que ceux d'autres agences — Le comportement s'inscrit donc tout à fait dans le champ d'application de la Loi — Le Tribunal a donné une interprétation juste des indications des intimés et n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante dans son analyse de la question de savoir si les indications des intimés étaient trompeuses — Appel accueilli.

This was an appeal from a decision of the Competition Tribunal holding that, although the respondents' representations to its potential clients were misleading, they were not made "to the public" within the meaning of paragraph 74.01(1)(a) of the *Competition Act* since they were made in the privacy of the respondents' office on a one-to-one basis.

Il s'agissait d'un appel d'une décision par laquelle le Tribunal de la concurrence a statué que même si les indications données par les intimés à leurs clients éventuels étaient trompeuses, elles n'avaient pas été données « au public » au sens de l'alinéa 74.01(1)a) de la *Loi sur la concurrence*, au motif qu'elles avaient été communiquées au cours d'entrevues privées dans les bureaux des intimés, à une seule personne à la fois.

The respondents operated a career consulting business and, to stimulate business, they made a number of allegedly misleading representations to potential clients regarding their prospects for success in the job market if they were to use the respondents' services. The representations were made individually and in private. The respondent Minto Roy was the sole director and shareholder of the respondent Premier Career Management Group Corp. (PCMG). PCMG had three divisions, one of which was PCMG Canada. PCMG Canada solicited clients through various marketing means. The Tribunal found that the respondents made three types of representations to prospective customers: the "screening representation", the "contacts representation" and the "90-day/good job representation". In the screening representation, prospective clients were informed that only qualified applicants would be invited for a second meeting, and that the purpose of the first meeting was to ensure that prospective clients qualified for PCMG's services. In the contacts representation, prospective clients were informed that the respondent had a wide network of personal contacts with business executives at companies that were hiring. In the 90-day/good job representation, the respondents advised prospective clients that they would very likely find good jobs within 90 days if they hired PCMG's services. The Tribunal found the contacts representation and the 90-day/good job representation to be materially misleading. However, the Tribunal ruled that the phrase "to the public" in paragraph 74.01(1)(a) of the Act had to be understood not just as communication to individuals but rather "to the marketplace". The Tribunal therefore dismissed the application because of its findings that the misrepresentations were not made "to the public"

The issues were whether the Tribunal erred in interpreting the words "to the public" within the meaning of section 74.01 and in holding that the contacts representation and the 90-day/good job representation were misleading.

Held, the appeal should be allowed.

The Tribunal's decision that the respondents' representations, although misleading, were not made "to the public" constituted an error of law. The public did have access to the respondents' representations but just accessed them one at a time rather than collectively. The important question to ask in determining whether a representation was made to the public is "to whom were the representations made?" In this case, the representations were made to a significant section of the public who had been invited by advertising to

Les intimés exploitaient une entreprise de services d'orientation de carrière et, dans le but d'inciter d'éventuels clients à recourir à leurs services, ils auraient donné des indications trompeuses quant aux perspectives de réussite sur le marché du travail que ces services leur ouvriraient. Ces indications ont été données individuellement et en privé. L'intimé Minto Roy était l'unique administrateur et actionnaire de l'intimée Premier Career Management Group Corp. (PCMG). PCMG comprenait trois divisions, dont PCMG Canada. Cette dernière faisait sa prospection au moyen de divers moyens de commercialisation. Le Tribunal a constaté que les intimés donnaient trois sortes d'indications aux clients éventuels : des « indications sur la présélection », des « indications sur les personnes-ressources » et des « indications sur les 90 jours et le bon emploi ». En ce qui concerne les indications sur la présélection, on disait aux clients éventuels que le but du premier entretien était de vérifier s'ils remplissaient les conditions nécessaires pour bénéficier des services de PCMG et que seuls les candidats qualifiés seraient invités à un deuxième entretien. Concernant les indications sur les personnes-ressources, les clients éventuels étaient informés que les intimés disposaient d'un vaste réseau de relations parmi les dirigeants et les cadres des entreprises qui recrutaient. En ce qui a trait aux indications sur les 90 jours et le bon emploi, les intimés informaient leurs clients éventuels que, s'ils renaient les services de PCMG, ils trouveraient très probablement un bon emploi dans les 90 jours. Le Tribunal a conclu que les indications sur les personnes-ressources et sur les 90 jours et le bon emploi étaient trompeuses sur un point important. Cependant, le Tribunal a conclu que l'expression « au public » à l'alinéa 74.01(1)a) de la Loi devait s'entendre non pas d'une communication seulement individuelle, mais d'une communication faite « sur le marché ». Le Tribunal a donc rejeté la demande en raison de sa conclusion portant que les indications trompeuses n'ont pas été données « au public ».

Il s'agissait de savoir si le Tribunal avait commis une erreur dans son interprétation des mots « au public » au sens de l'article 74.01 et en statuant que les indications sur les personnes-ressources et celles sur les 90 jours et le bon emploi étaient trompeuses.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

La conclusion du Tribunal selon laquelle les indications des intimés, bien que trompeuses, n'ont pas été données « au public » constituait une erreur de droit. Le public avait bel et bien accès aux indications des intimés; c'est seulement que les membres du public y avaient accès individuellement plutôt que collectivement. La question importante qu'il faut se poser pour établir si des indications ont été données au public est le point de savoir à qui elles ont été données. En l'occurrence, les indications ont été données à des personnes

attend at the offices of the respondent. The fact that representations were made in private does not dictate that they were not made to the public. All the circumstances of the communication must be looked at. If, as in this case, the communications reach a significant portion of the public, they are made “to the public”. The “public” referred to can be a “subset of the public”.

Given the purpose of the Act, which is to promote derivative economic objectives (section 1.1), it becomes clear that the objective of the deceptive marketing provisions in section 74.01 is to incite firms to compete based on lower prices and higher quality. When a firm feeds misinformation to potential consumers, the proper functioning of the market is necessarily harmed, and the Act is rightly engaged, given its stated goals. The proper focus of analysis in deceptive marketing cases is the consumer. Based on the evidence, the respondents’ misrepresentations played a key role in the decisions of at least some customers to choose PCMG over other agencies. This is exactly the type of market distortion that the deceptive marketing provisions seek to prevent. The behaviour targeted in this case fell squarely within the ambit of the Act.

The Tribunal correctly construed the respondents’ representations. While it found that the respondents did not guarantee specific interviews with specific contacts, it found that the respondents did guarantee interviews generally with high-ranking contacts. It did not matter that the respondents did not detail exactly which contacts prospective clients would meet.

The Tribunal also did not commit any palpable and overriding error in analysing whether the respondents’ representations were misleading. There was no need for the Tribunal to make preliminary findings of fact regarding the respondents’ network of contacts or the success rate of a typical PCMG customer. It was implicit from the Tribunal’s decision that the respondents represented that they had a network of contacts and that the typical client did not find a job within 90 days as represented. Therefore, it was open to the Tribunal to conclude on the facts before it that the contacts representations and the 90-day/good job representations were materially misleading.

composant un sous-ensemble appréciable du public, que des annonces publicitaires avaient incitées à se rendre aux bureaux des intimés. Le fait que les indications aient été formulées en privé ne veut pas dire qu’elles n’aient pas été données au public. Il faut prendre en considération toutes les circonstances de la communication. Si, comme dans la présente affaire, les indications sont communiquées à une partie appréciable du public, elles sont bel et bien données « au public ». Le « public » dont il s’agit peut être « un sous-ensemble du public ».

Il ressort clairement de l’objet de la Loi (qui est de promouvoir les objectifs économiques (article 1.1)) que les dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses de l’article 74.01 visent à inciter les entreprises à rivaliser sur la base des prix et de la qualité. Lorsqu’une entreprise donne des renseignements trompeurs aux consommateurs éventuels, elle porte nécessairement préjudice au bon fonctionnement du marché, de sorte qu’on est fondé à invoquer ici la Loi, étant donné ses objectifs explicites. C’est le consommateur qui doit former l’axe de l’analyse dans les affaires de pratiques commerciales trompeuses. Selon la preuve, les indications trompeuses données par les intimés ont joué un rôle clé dans la décision d’au moins certains clients de retenir les services de PCMG plutôt que ceux d’autres agences. C’est exactement là le genre de distorsion du marché que les dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses visent à empêcher. Le comportement en cause dans la présente affaire s’inscrit donc tout à fait dans le champ d’application de la Loi.

Le Tribunal a donné une interprétation juste des indications en cause. Il est vrai que le Tribunal a conclu que les intimés n’avaient pas garanti d’entretiens déterminés avec des personnes-ressources précises, mais il est tout aussi vrai qu’il a conclu que les intimés avaient bel et bien garanti des entretiens en général avec des personnes-ressources de haut niveau. Il importait peu que les intimés n’aient pas fourni de détails précis sur les personnes que leurs clients éventuels rencontreraient.

En outre, le Tribunal n’a pas commis d’erreur manifeste et dominante dans son analyse de la question de savoir si les indications des intimés étaient trompeuses. Il n’incombait pas au Tribunal de formuler des conclusions de fait préalables sur le réseau de personnes-ressources des intimés ni sur le taux de réussite des clients typiques de PCMG. Il était sous-entendu dans la décision du Tribunal que les intimés avaient déclaré qu’ils disposaient d’un réseau de personnes-ressources et que le client typique n’avait pas trouvé un emploi dans les 90 jours, contrairement aux indications. Par conséquent, il était loisible au Tribunal de conclure des faits exposés devant lui que les indications sur les personnes-ressources et sur les 90 jours et le bon emploi étaient trompeuses sur un point important.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Budget Implementation Act, 2009, S.C. 2009, c. 2, s. 423.
Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 36 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 76, s. 18).
Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 1 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), 1.1 (as enacted *idem*), 74.01 (as enacted by S.C. 1999, c. 2, s. 22), 74.02 (as enacted *idem*), 74.03 (as enacted *idem*; 2009, c. 2, s. 423), 74.1 (as enacted by S.C. 1999, c. 2, s. 22; 2009, c. 2, s. 424).
Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 13 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 130).
Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, s. 3(1)(f) (as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 62).
Human Rights Act, S.B.C. 1984, c. 22, s. 3.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 45(2).

CASES CITED

APPLIED:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, 211 D.L.R. (4th) 577, [2002] 7 W.W.R. 1; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353, (1993), 102 D.L.R. (4th) 665, 79 B.C.L.R. (2d) 273, revg (1991), 81 D.L.R. (4th) 497, 1 B.C.A.C. 58, 56 B.C.L.R. (2d) 296 (B.C.C.A.), affg (1988), 10 C.H.R.R. D/6112 (B.C.S.C.); *Regina v. Kiefer* (1976), 70 D.L.R. (3d) 352, [1976] 4 W.W.R. 395, 31 C.C.C. (2d) 132 (B.C. Prov. Ct.), affd [1976] 6 W.W.R. 541 (B.C. Co. Ct.); *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, 236 D.L.R. (4th) 395, 30 C.P.R. (4th) 1; *Canadian Wireless Telecommunications Assn. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2008 FCA 6, [2008] 3 F.C.R. 539, 290 D.L.R. (4th) 753, 64 C.P.R. (4th) 343; *Canadian Cable Television Assn. v. Canada (Copyright Board)*, [1993] 2 F.C. 138, (1993), 46 C.P.R. (3d) 359, 151 N.R. 59 (C.A.); *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, (1997), 33 O.R. (3d) 478, 147 D.L.R. (4th) 399.

CONSIDERED:

Apotex Inc. v. Hoffmann La-Roche Ltd. (2000), 195 D.L.R. (4th) 244, 9 C.P.R. (4th) 417, 139 O.A.C. 63 (Ont. C.A.); *R. v. Kenitex Canada Ltd. et al.* (1980), 51 C.P.R. (2d) 103 (Ont. Co. Ct.).

REFERRED TO:

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *R. v. Total*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22, art. 3.
Loi d'exécution du budget de 2009, L.C. 2009, ch. 2, art. 423.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 45(2).
Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 36 (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 76, art. 18).
Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 1 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19), 1.1 (édicte, *idem*), 74.01 (édicte par L.C. 1999, ch. 2, art. 22), 74.02 (édicte, *idem*), 74.03 (édicte, *idem*; 2009, ch. 2, art. 423), 74.1 (édicte par L.C. 1999, ch. 2, art. 22; 2009, ch. 2, art. 424).
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 3(1)(f) (mod. par L.C. 1988, ch. 65, art. 62).
Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 13 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 130).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, infirmant (1991), 81 D.L.R. (4th) 497, 1 B.C.A.C. 58, 56 B.C.L.R. (2d) 296 (C.A.C.-B.), confirmant (1988), 10 C.H.R.R. D/6112 (C. supr. C.-B.); *Regina v. Kiefer* (1976), 70 D.L.R. (3d) 352, [1976] 4 W.W.R. 395, 31 C.C.C. (2d) 132 (C. P. C.-B.), conf. par [1976] 6 W.W.R. 541 (C.c. C.-B.); *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339; *Assoc. canadienne des télécommunications sans fil c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2008 CAF 6, [2008] 3 R.C.F. 539; *Assoc. canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1993] 2 C.F. 138 (C.A.); *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Apotex Inc. v. Hoffmann La-Roche Ltd. (2000), 195 D.L.R. (4th) 244, 9 C.P.R. (4th) 417, 139 O.A.C. 63 (C.A. Ont.); *R. v. Kenitex Canada Ltd. et al.* (1980), 51 C.P.R. (2d) 103 (C.c. Ont.).

DÉCISIONS CITÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1; *R. v. Total Ford Sales Ltd.*

Ford Sales Ltd. (1987), 18 C.P.R. (3d) 404 (Ont. Dist. Ct.); *R. v. Independent Order of Foresters* (1989), 26 C.P.R. (3d) 229 (Ont. C.A.); *Regina v. International Vacations Ltd.* (1980), 33 O.R. (2d) 327, 124 D.L.R. (3d) 319, 59 C.C.C. (2d) 557 (C.A.); *Maritime Travel Inc. v. Go Travel Direct.Com Inc.*, 2008 NSSC 163, 265 N.S.R. (2d) 369.

(1987), 18 C.P.R. (3d) 404 (C. dist. Ont.); *R. v. Independent Order of Foresters* (1989), 26 C.P.R. (3d) 229 (C.A. Ont.); *Regina v. International Vacations Ltd.* (1980), 33 O.R. (2d) 327, 124 D.L.R. (3d) 319, 59 C.C.C. (2d) 557 (C.A.); *Maritime Travel Inc. v. Go Travel Direct.Com Inc.*, 2008 NSSC 163, 265 N.S.R. (2d) 369.

AUTHORS CITED

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008.

DOCTRINE CITÉE

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal : Thémis, 1999.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008.

APPEAL from a decision (2008 Comp. Trib. 18) of the Competition Tribunal holding that, although the respondents' representations to its potential clients were misleading, they were not made "to the public" within the meaning of paragraph 74.01(1)(a) of the *Competition Act* since they were made in the privacy of the respondents' office on a one-to-one basis. Appeal allowed.

APPEL d'une décision (2008 Trib. concurr. 18) par laquelle le Tribunal de la concurrence a statué que même si les indications données par les intimés à leurs clients éventuels étaient trompeuses, elles n'avaient pas été données « au public » au sens de l'alinéa 74.01(1)a) de la *Loi sur la concurrence*, au motif qu'elles avaient été communiquées au cours d'entretiens privés dans les bureaux des intimés, à une seule personne à la fois. Appel accueilli.

APPEARANCES

John Syme for appellant.
W. Michael G. Osborne, G. L. Sonny Ingram and Christian Farahat for respondents.

ONT COMPARU

John Syme pour l'appelante.
W. Michael G. Osborne, G. L. Sonny Ingram et Christian Farahat pour les intimés.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Affleck Greene McMurtry LLP, Toronto, for respondents.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
Affleck Greene McMurtry LLP, Toronto, pour les intimés.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

SEXTON J.A.:

LE JUGE SEXTON, J.C.A. :

I. Introduction

[1] The respondents operated a career consulting business in the Vancouver area. In their attempts to stimulate business, the respondents made a number of allegedly misleading representations to potential clients regarding their prospects for success in the job market should they use the respondents' services. The representations were

I. Introduction

[1] Les intimés exploitaient une entreprise de services d'orientation de carrière dans la région vancouveroise. Dans le but d'inciter d'éventuels clients à recourir à leurs services, ils auraient donné des indications trompeuses quant aux perspectives de réussite sur le marché du travail que ces services leur ouvriraient. Ces indications

made individually and in private to a number of potential clients. The appellant alleges these representations violate paragraph 74.01(1)(a) [as enacted by S.C. 1999, c. 2, s. 22] of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 [s. 1 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19)] (the Act), which prohibits false or misleading advertisements made to the public. The respondents contend that they were not misleading and were not made to the clients as members of the public, but rather as individuals. The Tribunal [*Commissioner of Competition v. Premier Career Management Group et al.*, 2008 Comp. Trib. 18] held that, although the representations were misleading, they were not made “to the public” because they were made in the privacy of the respondents’ office on a one-to-one basis. The main issue in this appeal is whether the representations to certain individuals, though made individually and in private, were nevertheless made “to the public” within the meaning of the Act. The appeal also puts in question the character of these representations. I believe that the focus of the analysis should be on all the circumstances under which the representations were made. In particular it is important that the respondents solicited, by means of advertising, members of the public to utilize their services in order to obtain employment. Once members of the public sought help from the respondents, similar misleading representations were made to each of such members of the public. For the reasons that follow, I find that the representations in this case were misleading and were indeed made “to the public”.

II. Facts

[2] The respondent Premier Career Management Group Corp. (PCMG) was an employment consulting business in the Vancouver area. The respondent Minto Roy was the sole director and sole shareholder of PCMG.

ont été données individuellement et en privé à un certain nombre de clients éventuels. L’appelante soutient que les indications ainsi communiquées l’ont été en violation de l’alinéa 74.01(1)a) [édicte par L.C. 1999, ch. 2, art. 22] de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 [art. 1 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19)] (la Loi), qui interdit de donner au public des indications fausses ou trompeuses. Les intimés affirment quant à eux que les indications en question n’étaient pas trompeuses et n’ont pas été données aux clients en tant que membres du public, mais plutôt en tant qu’individus. Le Tribunal [*Tribunal de la concurrence c. Premier Career Management Group et al.*, 2008 Trib. concurr. 18] a conclu que les indications étaient effectivement trompeuses, mais qu’elles n’avaient pas été données « au public », au motif qu’elles avaient été communiquées au cours d’entretiens privés dans les bureaux des intimés, à une seule personne à la fois. La principale question en litige dans le présent appel est celle de savoir si les indications données à des personnes déterminées, bien qu’elles l’aient été individuellement et en privé, ont néanmoins été données « au public » au sens de la Loi. Le présent appel met aussi en litige la nature de ces indications. Je pense que l’analyse devrait être axée sur l’ensemble des circonstances dans lesquelles les indications ont été données. Il est en particulier important de se rappeler que les intimés incitaient d’abord, au moyen de la publicité, des membres du public à utiliser leurs services afin de se trouver un emploi. Ils donnaient ensuite des indications trompeuses d’une même nature à chacun des membres du public qui leur demandait leur aide. Pour les motifs qui suivent, je conclus que les indications en cause dans la présente affaire étaient trompeuses et qu’elles ont effectivement été données « au public ».

II. Les faits

[2] L’intimée Premier Career Management Group Corp. (PCMG) était une entreprise de services d’orientation de carrière sise dans la région vancouveroise, et l’intimé Minto Roy en était l’unique administrateur et actionnaire.

[3] PCMG had three divisions:

A. “Careers Today” was a head-hunting and job posting Web site;

B. “PCMG Executive” was a human resources consulting and leadership management training service;

C. “PCMG Canada” is the focus of this appeal. It provided career coaching services to clients and accounted for 60 to 70 percent of overall PCMG revenue. It offered help with skills analysis and résumé preparation, among other services.

[4] PCMG Canada generally solicited clients through the Careers Today Web site, Mr. Roy’s radio show, and newspaper and magazine advertising. When a prospective customer was identified, he or she would be offered a first meeting (the first meeting) with a senior career consultant. In the first meeting, the customer would explain his or her employment history and current job status. The consultant would then give an overview of PCMG Canada’s services.

[5] Customers were almost always invited for a second meeting (the second meeting). The second meeting would include a discussion of PCMG services, as well as a discussion of fees and financing options. A PCMG employee would then present the customer with a contract for signature.

[6] The Tribunal found that the respondents made three types of representations to prospective customers: the “screening representation”, the “contacts representation” and the “90-day/good job representation”.

A. *The screening representation*

[7] In the screening representation, clients were told at the first meeting that only qualified applicants would be invited for a second meeting, and that the purpose of

[3] PCMG comprenait trois divisions :

A. « Careers Today », service de recrutement de cadres qui exploitait un site Web où étaient affichés des postes à pourvoir;

B. « PCMG Executive », service de consultation en ressources humaines et de formation en gestion et leadership;

C. « PCMG Canada », division sur laquelle porte le présent appel, qui représentait de 60 à 70 p. 100 du revenu total de PCMG et offrait des services d’accompagnement de carrière, notamment d’analyse des compétences et de rédaction de curriculum vitae.

[4] PCMG Canada faisait en général sa prospection au moyen du site Web de la division Careers Today, de l’émission de radio de M. Roy, ainsi que de publicité dans les journaux et magazines. Quand on trouvait un client éventuel, on lui offrait un premier entretien (le premier entretien) avec un conseiller principal en orientation de carrière. Au cours du premier entretien, le client éventuel exposait ses antécédents et sa situation actuelle sur le plan professionnel. Le conseiller lui donnait ensuite une vue d’ensemble des services de PCMG Canada.

[5] Les clients éventuels étaient presque toujours invités à un deuxième entretien (le deuxième entretien), où l’on parlait des services de PCMG, des honoraires et des options de financement. Un employé de PCMG présentait alors au client éventuel un contrat à signer.

[6] Le Tribunal a constaté que les intimés donnaient trois sortes d’indications aux clients éventuels : des « indications sur la présélection », des « indications sur les personnes-ressources » et des « indications sur les 90 jours et le bon emploi ».

A. *Les indications sur la présélection*

[7] En ce qui concerne les indications sur la présélection, on disait aux clients éventuels, au premier entretien, que le but de celui-ci était de vérifier s’ils

the first meeting was to ensure that prospective clients were qualified for PCMG's services.

[8] At the hearing before the Tribunal, the appellant introduced testimony from Mr. Steve Wills, a former PCMG senior career consultant. Mr. Wills testified that it was exceptionally rare for any prospective client to be denied a second meeting. Mr. Wills stated that, according to Mr. Roy, one of the key objectives of the first meeting was to determine the prospective customer's ability to pay and, if the customer did not have enough money, to find alternative sources of funding. Mr. Wills also testified that consultants were instructed to stress that the prospective customer should bring his or her spouse to the second meeting. He explained that if the spouse of a prospective customer had not listened to the PCMG sales pitch, the likelihood of the prospective customer signing the contract was reduced. Finally, Mr. Wills testified that consultants were instructed to follow a script, and that the script was intended to instil a sense of urgency in the prospective customer.

B. The contacts representation

[9] In the contacts representation, prospective clients were informed at the first and/or second meetings that the respondents had a wide network of personal contacts with leaders and business executives at companies that were hiring. Clients testified that they had been told, among other things, that PCMG had thousands of positions, that the jobs advertised on the Internet and in print represented only a fraction of the total number of jobs available, and that PCMG, through its contacts, had access to a "hidden job market" of otherwise unadvertised jobs.

C. The 90-day/good job representation

[10] In the 90-day/good job representation, the respondents advised prospective customers at the first

remplissaient les conditions nécessaires pour bénéficier des services de PCMG et que seuls les candidats qualifiés seraient invités à un deuxième entretien.

[8] À l'audience devant le Tribunal, l'appelante a cité comme témoin un ancien conseiller principal en orientation de carrière de PCMG, M. Steve Wills. M. Wills a déclaré qu'il était extrêmement rare qu'on refuse un deuxième entretien à un client éventuel. Il a expliqué que, selon M. Roy, l'un des principaux objectifs du premier entretien était d'établir la capacité de paiement du client éventuel et, si ce dernier n'avait pas suffisamment d'argent, de trouver d'autres sources de financement. M. Wills a aussi déclaré qu'il était demandé aux conseillers de faire comprendre au client éventuel l'importance de se faire accompagner de son conjoint au deuxième entretien. Selon ce qu'il a rapporté, si le conjoint n'avait pas entendu la présentation de PCMG, la probabilité que le client éventuel signe le contrat diminuait. Enfin, M. Wills a affirmé que les conseillers devaient suivre un argumentaire, qui était conçu pour communiquer au client éventuel un sentiment d'urgence.

B. Les indications sur les personnes-ressources

[9] Concernant les indications sur les personnes-ressources, les clients éventuels étaient informés au cours du premier ou du deuxième entretien, ou à ces deux occasions, que les intimés disposaient d'un vaste réseau de relations parmi les dirigeants et les cadres des entreprises qui recrutait. Des clients de PCMG ont déclaré qu'on leur avait dit, entre autres, que PCMG avait des milliers de postes à offrir, que les offres d'emploi publiées sur Internet et dans les médias imprimés ne représentaient qu'une fraction des emplois disponibles, et que PCMG, grâce à son réseau de relations, avait accès à un « marché de l'emploi caché », où l'on pouvait trouver des emplois non annoncés ailleurs.

C. Les indications sur les 90 jours et le bon emploi

[10] En ce qui a trait aux indications sur les 90 jours et le bon emploi, les intimés informaient leurs clients

and/or second meetings that they would very likely find good jobs within 90 days should they engage PCMG's services. Prospective customers were further advised that these new positions would be at least as remunerative as their previous positions.

[11] One former client testified that she was advised by Mr. Roy that "there would be no problem" finding her a position paying \$20 000 to \$30 000 more than her previous position within 90 days. Another former client testified that Mr. Roy guaranteed that he would find a job with a minimum salary of \$75 000 within 90 days. The client was then presented with a contract including a provision that PCMG had not induced him to sign the contract "by implication, representation or [guarantee of] ... (b) any verbal promises that are not part of the written agreement".

III. Decision Below

[12] A Judge of the Federal Court sitting alone presided over the case for the Competition Tribunal and divided the analysis into five questions:

- A. Were the representations made?
- B. For what purpose were the representations made?
- C. Were the representations false or misleading?
- D. Were the representations material in nature?
- E. Were the representations made to the public?

[13] The Tribunal found that the screening representation, the contacts representation, and the 90-day/good job representation were all misleading. It further found that the contacts representation and the 90-day/good job representation were misleading in a material respect. It did not find that the screening representation was materially misleading. In the end, however, the Tribunal dismissed the application, holding that the representations, though materially misleading, were not made "to the public" within the meaning of section 74.01.

éventuels au premier ou au deuxième entretien, ou à ces deux occasions, que, s'ils retenaient les services de PCMG, ils trouveraient très probablement un bon emploi dans les 90 jours, et que celui-ci serait au moins aussi rémunérateur que leurs emplois antérieurs.

[11] Selon le témoignage d'une ancienne cliente de PCMG, M. Roy l'avait informée qu'[TRADUCTION] « il ne serait pas difficile » de lui trouver, dans un délai de 90 jours, un poste payant de 20 000 à 30 000 \$ de plus que son poste précédent. Un autre ancien client a déclaré que M. Roy lui avait garanti qu'il lui trouverait dans les 90 jours un emploi dont le salaire serait d'au moins 75 000 \$. On lui avait ensuite présenté un contrat stipulant que PCMG ne l'avait pas incité à le signer [TRADUCTION] « par des sous-entendus ou des affirmations, ou en garantissant [...] b) des avantages (décrits verbalement) qui ne font pas partie de l'entente écrite ».

III. La décision visée par l'appel

[12] Une juge de la Cour fédérale siégeant seule a présidé l'affaire pour le Tribunal de la concurrence. Elle a articulé son analyse en cinq questions :

- A. Les indications ont-elles été données?
- B. À quelle fin ont-elles été données?
- C. Étaient-elles fausses ou trompeuses?
- D. Portaient-elles sur un point important?
- E. Ont-elles été données au public?

[13] Le Tribunal a conclu que les indications sur la présélection, sur les personnes-ressources, ainsi que sur les 90 jours et le bon emploi, étaient toutes trompeuses. Il a aussi estimé que les indications sur les personnes-ressources et sur les 90 jours et le bon emploi — mais pas celles concernant la présélection — étaient trompeuses sur un point important. En fin de compte, cependant, le Tribunal a rejeté la demande de la commissaire, au motif que les indications en cause, bien que trompeuses sur un point important, n'avaient pas été données « au public » au sens de l'article 74.01.

A. *Were the representations made?*

[14] In the proceedings before the Tribunal, the appellant introduced testimony from nine former clients of the respondents, all of whom claimed to have abandoned the respondents' programme because of unsatisfactory results, and all of whom claimed that they were misled by representations made by the respondents.

[15] The Tribunal accepted the evidence of the appellant's witnesses and found that representations were made to a number of prospective clients.

[16] The Tribunal dismissed the respondents' argument that no representations had been made. With respect to the contacts and 90-day/good job representations, it ruled that, while the respondents may not have made any representations regarding specific interviews or companies, they nevertheless made misleading representations regarding jobs and contracts generally. Furthermore, the respondents misrepresented themselves through flattery during the screening representation. Finally, the Tribunal found that testimony from the respondents denying the misrepresentation was not credible.

B. *For what purpose were the representations made?*

[17] There was little debate as to the purpose of the representations. The Tribunal [at paragraph 178] found that the purpose was to "persuad[e] prospective clients to purchase PCMG's services."

C. *Were the representations false or misleading?*

[18] In determining whether the representations were misleading, the Tribunal [at paragraph 208] asked "what could reasonably have been understood by the average prospective PCMG client who heard the Representations during the First and Second Meetings." Based on the facts before it, the Tribunal concluded [at paragraph 212] that "although average members of the intended

A. *Les indications ont-elles été données?*

[14] L'appelante a cité comme témoins devant le Tribunal neuf anciens clients des intimés, qui ont tous déclaré, d'une part, avoir abandonné le programme de PCMG parce qu'ils n'étaient pas satisfaits des résultats et, d'autre part, avoir été induits en erreur par les indications que leur avaient données les intimés.

[15] Le Tribunal a admis la preuve des témoins de l'appelante et a conclu que des indications avaient été données à un certain nombre de clients éventuels.

[16] Le Tribunal a rejeté le moyen des intimés selon lequel aucune indication n'avait été donnée. En ce qui concerne les indications sur les personnes-ressources, ainsi que celles relatives aux 90 jours et le bon emploi, il a conclu que, s'il est vrai que les intimés n'avaient peut-être pas donné d'indications sur des entreprises ou des entretiens d'embauche précis, ils avaient néanmoins donné des indications trompeuses concernant les emplois et les contrats en général. En outre, les intimés s'étaient présentés sous un faux jour en recourant à la flatterie lors de l'entrevue de présélection. Enfin, le Tribunal a conclu à la non-crédibilité du témoignage des intimés niant l'existence de fausses indications.

B. *À quelle fin les indications ont-elles été données?*

[17] La question de l'objet des indications n'a guère été contestée. Le Tribunal [au paragraphe 178] a conclu que les indications avaient été données « afin de persuader les clients potentiels de se procurer les services de PCMG ».

C. *Les indications étaient-elles fausses ou trompeuses?*

[18] Pour établir si les indications étaient trompeuses, le Tribunal [au paragraphe 208] s'est demandé « ce qu'un client potentiel moyen de PCMG ayant entendu les Indications pendant les Première et Seconde rencontres aurait raisonnablement pu comprendre ». Se fondant sur les faits exposés devant lui, le Tribunal a conclu [au paragraphe 212] que « même si les personnes

audience . . . were not normally gullible they were likely to accept what was reasonably implied without critical analysis because, to varying degrees, they were needy.”

[19] Based on this standard, the Tribunal found that all three sets of representations were misleading. The screening representation would have led the average prospective client to conclude he or she had been measured against high standards when, in reality, no such standards existed. The contacts representation would have led the average prospective client to believe that the respondents had and would use significant business contacts to help find jobs when this was not the case. The 90-day/good job representation was misleading as the average prospective client would have been led to believe that typical clients found a job within 90 days and that he or she would have a similar experience.

D. *Were the representations material in nature?*

[20] To assess materiality, the Tribunal used the test from *Apotex Inc. v. Hoffmann La-Roche Ltd.* (2000), 195 D.L.R. (4th) 244 (Ont. C.A.), at paragraph 16: “A representation is material . . . if it is so pertinent, germane or essential that it could affect the decision to purchase.” On the evidence, the Tribunal found that both the contacts representation and the 90-day/good job representation would have affected the average prospective customer’s decision to purchase PCMG’s services. Thus, they were material. With respect to the screening representation, the Tribunal found it was not material because there was no evidence that it had motivated any of the appellant’s witnesses to procure the respondents’ services.

moyennes faisant partie du public visé [...] n’étaient généralement pas crédules, elles étaient susceptibles d’accepter ou de croire ce qu’on leur laissait entendre qui semblait raisonnable, sans en faire une analyse critique parce que, à des degrés divers, elles étaient dans une situation difficile ».

[19] Appliquant ce critère, le Tribunal a conclu que les trois catégories d’indications étaient trompeuses. Les indications sur la présélection donnaient à penser au client éventuel moyen qu’on l’avait évalué en fonction de normes rigoureuses, lesquelles, en réalité, n’existaient pas. Les indications sur les personnes-ressources induisaient le client éventuel moyen à croire que les intimes disposaient et feraient usage d’un vaste réseau de relations d’affaires pour les aider à trouver un emploi, alors que ce n’était pas le cas. Quant aux indications sur les 90 jours et le bon emploi, elles étaient trompeuses en ce qu’elles faisaient croire au client éventuel moyen que les clients typiques de PCMG trouvaient un emploi en moins de 90 jours et qu’il en obtiendrait un lui aussi dans le même délai.

D. *Les indications portaient-elles sur un point important?*

[20] Pour son examen de la question de l’importance, le Tribunal a utilisé le critère formulé au paragraphe 16 de l’arrêt *Apotex Inc. v. Hoffmann La-Roche Ltd.* (2000), 195 D.L.R. (4th) 244 (C.A. Ont.) : [TRADUCTION] « Une indication porte sur un point important si elle est assez pertinente, appropriée ou essentielle pour influencer sur la décision d’achat. » Le Tribunal a conclu sur le fondement de la preuve que les indications tant sur les personnes-ressources que sur les 90 jours et le bon emploi étaient de nature à influencer sur la décision du client éventuel moyen de retenir ou non les services de PCMG. Ces deux catégories d’indications portaient donc sur un point important. En ce qui concerne les indications sur la présélection, le Tribunal a conclu qu’elles ne portaient pas sur un point important parce que rien ne prouvait qu’elles avaient motivé l’un ou l’autre des témoins de l’appelante à retenir les services des intimes.

E. *Were the representations made to the public?*

[21] This was the most contentious issue of the decision. The Tribunal concluded that the phrase “to the public” was intended by Parliament to be interpreted in the plural sense. It found that the legislative history of the previous criminal provisions tended to show that Parliament had sometimes, but not always, chosen to use the phrase “a member of the public” instead of “to the public.” Therefore, when Parliament retained the phrase “to the public” in paragraph 74.01(1)(a), it must have intended it to be interpreted in the plural sense.

[22] The Tribunal then addressed whether the representations were indeed made “to the public.” It noted that the facts of this case were unlike previous cases under the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 where the phrase “to the public” was interpreted as not necessarily excluding “one to one” communication. It focussed on the fact that in this case prospective customers conveyed personal details to the respondents at the meetings. Citing [at paragraph 188] a 1976 background paper from the Department of Consumer and Corporate Affairs, and [at paragraph 190] section 1.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19] of the Act, the Tribunal ruled that the phrase “to the public” must be understood not just as communication to individuals but rather “to the marketplace” [at paragraph 193].

[23] Finally, the Tribunal ruled that the deeming provision in paragraph 74.03(1)(d) [as enacted by S.C. 1999, c. 2, s. 22] cannot be used to interpret paragraph 74.01(1)(a). First, it noted that paragraph 74.03(1)(d) does not contain any express language such as the word “includes” to indicate it should be given a broader reading. Second, the Tribunal reasoned that in-store, door-to-door and telephone selling, captured by paragraph 74.03(1)(d) are examples of mass marketing and

E. *Les indications ont-elles été données au public?*

[21] C’était là la question la plus contestée de l’affaire. Le Tribunal a conclu que l’intention du législateur était que l’expression « au public » soit interprétée comme un pluriel. Il a estimé que le contexte législatif des dispositions pénales antérieures tendait à démontrer que le législateur avait parfois, mais pas toujours, décidé d’employer, dans la version anglaise de la Loi, l’expression *a member of the public* (littéralement : « un membre du public », mais correspond à « au public » dans le texte français) au lieu de *to the public* (« au public » dans le texte français). Par conséquent, lorsque le législateur a retenu l’expression *to the public* à l’alinéa 74.01(1)a), il ne pouvait qu’avoir l’intention qu’elle soit interprétée comme un pluriel.

[22] Le Tribunal a ensuite examiné le point de savoir si les indications avaient effectivement été données « au public ». Il a noté que les faits de la présente espèce n’étaient pas de même nature que ceux d’affaires précédentes relevant de la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, où la communication « au public » avait été interprétée comme n’excluant pas nécessairement la communication « individuelle ». Il a concentré son attention sur le fait que, dans la présente espèce, les clients éventuels communiquaient des renseignements personnels aux intimés dans le cadre de leurs entretiens. Après avoir cité un document d’information du ministère de la Consommation et des Corporations daté de 1976 [au paragraphe 188] et [au paragraphe 190] l’article 1.1 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19] de la Loi, le Tribunal a conclu que l’expression « au public » devait s’entendre non pas d’une communication seulement individuelle, mais d’une communication faite « sur le marché » [au paragraphe 193].

[23] Enfin, le Tribunal a conclu que la disposition déterminative de l’alinéa 74.03(1)d) [édicte par L.C. 1999, ch. 2, art. 22] ne peut être utilisée pour interpréter l’alinéa 74.01(1)a). Premièrement, il a fait observer que l’alinéa 74.03(1)d) ne contient aucun terme explicite, tel que « notamment », qui indiquerait qu’il y a lieu de lui donner une interprétation plus large. Deuxièmement, il a ajouté que les opérations de vente en magasin, par démarchage et par téléphone, visées à

therefore different from the sales style used in the case at bar.

[24] The Tribunal dismissed the application because of its finding that the misrepresentations were not made “to the public”.

IV. Issues on Appeal

[25] The appellant raises one issue on appeal: did the Tribunal err in interpreting the words “to the public”?

[26] The respondents raise a further issue: did the Tribunal err in holding that the contacts representation and the 90-day/good job representation were misleading?

V. Relevant Legislative Provisions

[27] The primary provision for the civil review of marketing practices is found in section 74.01(1) of the Act:

Misrepresentation to public **74.01 (1)** A person engages in reviewable conduct who, for the purpose of promoting, directly or indirectly, the supply or use of a product or for the purpose of promoting, directly or indirectly, any business interest, by any means whatever,

(a) makes a representation to the public that is false or misleading in a material respect;

(b) makes a representation to the public in the form of a statement, warranty or guarantee of the performance, efficacy or length of life of a product that is not based on an adequate and proper test thereof, the proof of which lies on the person making the representation; or

(c) makes a representation to the public in a form that purports to be

(i) a warranty or guarantee of a product, or

l’alinéa 74.03(1)d), relèvent du marketing de masse, et donc d’une méthode de vente différente de celle utilisée dans la présente affaire.

[24] Le Tribunal a en fin de compte rejeté la demande de la commissaire au motif que les indications trompeuses n’avaient pas été données « au public ».

IV. Les questions en litige dans l’appel

[25] L’appelante soulève une seule question dans le présent appel, soit celle de savoir si le Tribunal a commis une erreur dans son interprétation des mots « au public ».

[26] Les intimés soulèvent une autre question, soit le point de savoir si le Tribunal a commis une erreur en statuant que les indications sur les personnes-ressources et celles sur les 90 jours et le bon emploi étaient trompeuses.

V. Les dispositions législatives applicables

[27] Les principales dispositions régissant la révision au civil des pratiques de commercialisation sont celles du paragraphe 74.01(1) de la Loi :

74.01 (1) Est susceptible d’examen le comportement de quiconque donne au public, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l’usage d’un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques :

Indications trompeuses

a) ou bien des indications fausses ou trompeuses sur un point important;

b) ou bien, sous la forme d’une déclaration ou d’une garantie visant le rendement, l’efficacité ou la durée utile d’un produit, des indications qui ne se fondent pas sur une épreuve suffisante et appropriée, dont la preuve incombe à la personne qui donne les indications;

c) ou bien des indications sous une forme qui fait croire qu’il s’agit :

(i) soit d’une garantie de produit,

(ii) a promise to replace, maintain or repair an article or any part thereof or to repeat or continue a service until it has achieved a specified result,

(ii) soit d'une promesse de remplacer, entretenir ou réparer tout ou partie d'un article ou de fournir de nouveau ou continuer à fournir un service jusqu'à l'obtention du résultat spécifié,

if the form of purported warranty or guarantee or promise is materially misleading or if there is no reasonable prospect that it will be carried out.

si cette forme de prétendue garantie ou promesse est trompeuse d'une façon importante ou s'il n'y a aucun espoir raisonnable qu'elle sera respectée.

[28] In turn, section 74.03 [as enacted *idem*] of the Act is a deeming provision, partially addressing the meaning of the phrase “to the public” in paragraphs 74.01(1)(a), (b), and (c). The deeming provision has since been amended. At the time of the decision, the deeming provision read as follows:

[28] L'article 74.03 [édicte, *idem*] de la Loi est une disposition déterminative, portant en partie sur le sens à donner aux termes « au public » des alinéas 74.01(1)a), b) et c). Cette disposition déterminative, modifiée depuis, était libellée comme suit au moment de la décision visée par l'appel :

Representations accompanying products

74.03 (1) For the purposes of sections 74.01 and 74.02, a representation that is

74.03 (1) Pour l'application des articles 74.01 et 74.02, sous réserve du paragraphe (2), sont réputées n'être données au public que par la personne de qui elles proviennent les indications qui, selon le cas:

Indications accompagnant les produits

(a) expressed on an article offered or displayed for sale or its wrapper or container,

a) apparaissent sur un article mis en vente ou exposé pour la vente, ou sur son emballage;

(b) expressed on anything attached to, inserted in or accompanying an article offered or displayed for sale, its wrapper or container, or anything on which the article is mounted for display or sale,

b) apparaissent soit sur quelque chose qui est fixé à un article mis en vente ou exposé pour la vente ou à son emballage ou qui y est inséré ou joint, soit sur quelque chose qui sert de support à l'article pour l'étalage ou la vente;

(c) expressed on an in-store or other point-of-purchase display,

c) apparaissent à un étalage d'un magasin ou d'un autre point de vente;

(d) made in the course of in-store, door-to-door or telephone selling to a person as ultimate user, or

d) sont données, au cours d'opérations de vente en magasin, par démarchage ou par téléphone, à un usager éventuel;

(e) contained in or on anything that is sold, sent, delivered, transmitted or made available in any other manner to a member of the public,

e) se trouvent dans ou sur quelque chose qui est vendu, envoyé, livré ou transmis au public ou mis à sa disposition de quelque manière que ce soit.

is deemed to be made to the public by and only by the person who causes the representation to be so expressed, made or contained, subject to subsection (2).

Representations from outside Canada

(2) Where a person referred to in subsection (1) is outside Canada, a representation described in paragraph (1)(a), (b), (c) or (e) is, for the purposes of sections 74.01 and 74.02, deemed to

(2) Dans le cas où la personne visée au paragraphe (1) est à l'étranger, les indications visées aux alinéas (1)a), b), c) ou e) sont réputées, pour l'application des articles 74.01 et 74.02,

Indications provenant de l'étranger

be made to the public by the person who imports into Canada the article, thing or display referred to in that paragraph.

Deemed representation to public

(3) Subject to subsection (1), a person who, for the purpose of promoting, directly or indirectly, the supply or use of a product or any business interest, supplies to a wholesaler, retailer or other distributor of a product any material or thing that contains a representation of a nature referred to in section 74.01 is deemed to make that representation to the public.

être données au public par la personne qui a importé au Canada l'article, la chose ou l'instrument d'étalage visé à l'alinéa correspondant.

(3) Sous réserve du paragraphe (1), quoique, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'usage d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques, fournit à un grossiste, détaillant ou autre distributeur d'un produit de la documentation ou autre chose contenant des indications du genre mentionné à l'article 74.01 est réputé donner ces indications au public.

Présomption d'indications données au public

[29] On March 12, 2009, after the Tribunal had rendered its decision, the *Budget Implementation Act, 2009*, S.C. 2009, c. 2 received Royal Assent, thereby amending [at section 423] section 74.03 to add subsections 4 and 5. Paragraph (4)(c) is especially germane to this case:

74.03 (1) ...

Certain matters need not be established

(4) For greater certainty, in proceedings under sections 74.01 and 74.02, it is not necessary to establish that

- (a) any person was deceived or misled;
- (b) any member of the public to whom the representation was made was within Canada; or
- (c) the representation was made in a place to which the public had access.

General impression to be considered

(5) In proceedings under sections 74.01 and 74.02, the general impression conveyed by a representation as well as its literal meaning shall be taken into account in determining whether or not the person who made the representation engaged in the reviewable conduct.

[29] Le 12 mars 2009, après que le Tribunal eut rendu sa décision, la *Loi d'exécution du budget de 2009*, L.C. 2009, ch. 2, qui modifiait [à l'article 423] l'article 74.03 de la Loi par adjonction des paragraphes 4 et 5, a reçu la sanction royale. L'alinéa 4c) se révèle particulièrement pertinent pour la présente espèce :

74.03 (1) [...]

(4) Il est entendu qu'il n'est pas nécessaire, dans toute poursuite intentée en vertu des articles 74.01 et 74.02, d'établir :

- a) qu'une personne a été trompée ou induite en erreur;
- b) qu'une personne faisant partie du public à qui les indications ont été données se trouvait au Canada;
- c) que les indications ont été données à un endroit auquel le public avait accès.

Preuve non nécessaire

(5) Dans toute poursuite intentée en vertu des articles 74.01 et 74.02, pour déterminer si le comportement est susceptible d'examen, il est tenu compte de l'impression générale donnée par les indications ainsi que du sens littéral de celles-ci.

Prise en compte de l'impression générale

[30] The use to which this amendment may be put is governed, in part, by subsection 45(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21:

45. (1) ...

[30] L'usage qui peut être fait de cette modification est régi en partie par le paragraphe 45(2) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21 :

45. (1) [...]

Amendment does not imply change in law

(2) The amendment of an enactment shall not be deemed to be or to involve a declaration that the law under that enactment was or was considered by Parliament or other body or person by whom the enactment was enacted to have been different from the law as it is under the enactment as amended.

(2) La modification d'un texte ne constitue pas ni n'implique une déclaration portant que les règles de droit du texte étaient différentes de celles de sa version modifiée ou que le Parlement, ou toute autre autorité qui l'a édicté, les considèrerait comme telles.

Absence de présomption de droit nouveau

[31] Also of note, for the purpose of statutory interpretation, is section 1.1 of the Act:

[31] Il faut aussi tenir compte, aux fins d'interprétation des dispositions applicables, de l'article 1.1 de la Loi :

Purpose of Act

1.1 The purpose of this Act is to maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy, in order to expand opportunities for Canadian participation in world markets while at the same time recognizing the role of foreign competition in Canada, in order to ensure that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy and in order to provide consumers with competitive prices and product choices.

1.1 La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

Objet

[32] The remedial provisions are found in section 74.1 [as enacted by S.C. 1999, c. 2, s. 22; 2009, c. 2, s. 424] of the Act:

[32] Les dispositions réparatrices sont énoncées à l'article 74.1 [édicte par L.C. 1999, ch. 2, art. 22; 2009, ch. 2, art. 424] de la Loi :

Determination of reviewable conduct and judicial review

74.1 (1) Where, on application by the Commissioner, a court determines that a person is engaging in or has engaged in reviewable conduct under this Part, the court may order the person

74.1 (1) Le tribunal qui conclut, à la suite d'une demande du commissaire, qu'une personne a ou a eu un comportement susceptible d'examen visé à la présente partie peut ordonner à celle-ci :

Décision et ordonnance

(a) not to engage in the conduct or substantially similar reviewable conduct;

a) de ne pas se comporter ainsi ou d'une manière essentiellement semblable;

(b) to publish or otherwise disseminate a notice, in such manner and at such times as the court may specify, to bring to the attention of the class of persons likely to have been reached or affected by the conduct, the name under which the person carries on business and the determination made under this section, including

b) de diffuser, notamment par publication, un avis, selon les modalités de forme et de temps qu'il détermine, visant à informer les personnes d'une catégorie donnée, susceptibles d'avoir été touchées par le comportement, du nom de l'entreprise que le contrevenant exploite et de la décision prise en vertu du présent article, notamment :

(i) a description of the reviewable conduct,

(i) l'énoncé des éléments du comportement susceptible d'examen,

(ii) the time period and geographical area to which the conduct relates, and

(ii) la période et le secteur géographique auxquels le comportement est afférent,

(iii) a description of the manner in which any representation or advertisement was disseminated, including, where applicable, the name of the publication or other medium employed;

(iii) l'énoncé des modalités de diffusion utilisées pour donner les indications ou faire la publicité, notamment, le cas échéant, le nom des médias — notamment de la publication — utilisés;

(c) to pay an administrative monetary penalty, in any manner that the court specifies, in an amount not exceeding

c) de payer, selon les modalités qu'il peut préciser, une sanction administrative pécuniaire maximale :

(i) in the case of an individual, \$750,000 and, for each subsequent order, \$1,000,000, or

(i) dans le cas d'une personne physique, de 750 000 \$ pour la première ordonnance et de 1 000 000 \$ pour toute ordonnance subséquente,

(ii) in the case of a corporation, \$10,000,000 and, for each subsequent order, \$15,000,000; and

(ii) dans le cas d'une personne morale, de 10 000 000 \$ pour la première ordonnance et de 15 000 000 \$ pour toute ordonnance subséquente;

[33] Finally, a determination of the appropriate standard of review engages, in part, the *Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1 [section 13 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 130)]:

[33] Enfin, la détermination de la norme de contrôle judiciaire applicable fait intervenir, en partie, la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19 [article 13 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 130)] :

Appeal **13.** (1) Subject to subsection (2), an appeal lies to the Federal Court of Appeal from any decision or order, whether final, interlocutory or interim, of the Tribunal as if it were a judgment of the Federal Court.

Appel **13.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), les décisions ou ordonnances du Tribunal, que celles-ci soient définitives, interlocutoires ou provisoires, sont susceptibles d'appel devant la Cour d'appel fédérale tout comme s'il s'agissait de jugements de la Cour fédérale.

Questions of fact (2) An appeal on a question of fact lies under subsection (1) only with the leave of the Federal Court of Appeal.

Questions de fait (2) Un appel sur une question de fait n'a lieu qu'avec l'autorisation de la Cour d'appel fédérale.

VI. Meaning of the Words "To the Public"

VI. La signification des termes « au public »

A. *Standard of review*

A. *La norme de contrôle*

[34] The parties are in agreement that the construction of the words "to the public" within the meaning of paragraph 74.01(1)(a) of the Act is a question of law subject to review on a standard of correctness (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 9).

[34] Les parties conviennent que l'interprétation des termes « au public » sous le régime de l'alinéa 74.01(1)a) de la Loi est une question de droit susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte (voir *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, au paragraphe 9).

B. *Construction of the words "to the public"*

B. *L'interprétation des termes « au public »*

(1) Appellant's submissions

[35] The appellant submits that the Tribunal committed three errors in its interpretation of “to the public”. First, the Tribunal incorrectly held that representations made *in private*—that is, where the potential clients had a reasonable expectation of privacy—could not have nevertheless been made *to the public*. Second, the appellant maintains that, contrary to the Tribunal’s ruling, the phrase “to the public” does not mean that the representation must be made to more than one member of the public at a time or as the Tribunal put it, “to the marketplace”. Finally, the appellant claims that the Tribunal should not have used the deeming provision to interpret paragraph 74.01(1)(a).

(2) Respondents' submissions

[36] The respondents make four submissions regarding the construction of the phrase “to the public”.

(a) *Representations made in private are not made “to the public”*

[37] The respondents submit that by using the wording “to the public” and not “to a member of the public”, Parliament intended to target publicly disseminated representations. They cite dictionary definitions in English and French, which state that the word “public” is a plural collective noun. The respondents also refer to case law which they say stands for the proposition that the phrase “to the public” requires that representations be made to a significant group of people, not on an individual basis.

(b) *The deeming provision serves as a valid interpretive aid*

[38] While the respondents agree with the appellant that the subsection 74.03(1) deeming provision does not

1) Les prétentions de l'appelante

[35] L'appelante soutient que le Tribunal a commis trois erreurs dans son interprétation des termes « au public ». Premièrement, il a conclu à tort qu'il n'était pas possible que les indications données *en privé* — c'est-à-dire dans un contexte où les clients éventuels avaient une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée — puissent malgré tout avoir été données *au public*. Deuxièmement, l'appelante affirme que, contrairement à la conclusion du Tribunal, l'expression « au public » ne signifie pas que les indications doivent être données à plus d'un membre du public à la fois ou, pour reprendre l'expression du Tribunal, « sur le marché ». Enfin, selon l'appelante, le Tribunal n'aurait pas dû recourir à la disposition déterminative pour interpréter l'alinéa 74.01(1)a).

2) Les prétentions des intimés

[36] Les intimés font valoir quatre points concernant l'interprétation de l'expression « au public ».

a) *Les indications données en privé ne sont pas données « au public »*

[37] Les intimés soutiennent que l'emploi des termes *to the public* (« au public ») plutôt que de l'expression *to a member of the public* (littéralement : « à un membre du public », mais correspond à « au public » dans le texte français) montre que le législateur avait en vue les indications diffusées. Ils citent des définitions de dictionnaires anglais et français selon lesquelles le mot « public » est un collectif. Les intimés invoquent également la jurisprudence, qui confirme selon eux que, pour être données « au public », les indications doivent être données à un groupe appréciable de personnes et non pas individuellement.

b) *La disposition déterminative est un outil légitime d'interprétation*

[38] S'ils conviennent avec l'appelante que la disposition déterminative du paragraphe 74.03(1) ne

apply directly to paragraph 74.01(1)(a), the respondents nevertheless submit that the provision serves as a valuable interpretive aid. First, since subsection 74.03(1) begins with the phrase “For the purposes of sections 74.01 and 74.02,” its purpose is to augment sections 74.01 and 74.02 [as enacted by S.C. 1999, c. 2, s. 22]. The specific purpose of paragraphs 74.03(1)(d) and (e) is in turn to deem “to the public” certain representations that would otherwise not have been so considered. Second, the respondents argue that ignoring the deeming provision, as is suggested by the appellants, would violate the rule against surplusage: if private communications could be considered “to the public”, then Parliament would not have had to insert the deeming provision with respect to the communications outlined in paragraphs 74.03(1)(d) and (e). Further, the respondents submit that their interpretation is in accordance with the maxim of statutory interpretation *expressio unius est exclusio alterius*. Finally, they highlight the recent amendment to the deeming provision. They submit that this amendment was intended to overrule the Tribunal’s decision in this case, leading to the conclusion that the provision, prior to its amendment, did not apply.

(c) *Legislative history supports the Tribunal’s interpretation*

[39] The respondents endorse the Tribunal’s conclusions regarding the 1974 amendments, which inserted the deeming provision. The Tribunal noted that the amendment as passed changed the language from the draft bill: in paragraphs 36(2)(d) and (e) [*Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, as amended by S.C. 1974-75-76, c. 76, s. 18]. The amendment as passed used the singular phrase “a person as ultimate user” instead of the plural “persons as ultimate users,” which was contained in the draft bill. The draft bill similarly contained the plural phrase “members of the public” and not the language in the amendment “a member of the public.” However, these changes from plural to singular were not mirrored in paragraph 36(1)(a) [as am. *idem*],

s’applique pas directement à l’alinéa 74.01(1)a), les intimés soutiennent néanmoins qu’elle constitue un précieux outil d’interprétation. Premièrement, comme le paragraphe 74.03(1) commence par les termes « Pour l’application des articles 74.01 et 74.02 », son objet est d’ étoffer ces deux articles [article 74.02 (édicte par L.C. 1999, ch. 2, art. 22)]. Par ailleurs, les alinéas 74.03(1)d) et e) ont pour objet explicite d’assimiler à des indications données « au public » celles qui sont communiquées dans certains contextes qui ne seraient pas autrement considérés comme publics. Deuxièmement, les intimés affirment que le fait d’écarter la disposition déterminative de l’interprétation comme le voudrait l’appelante irait à l’encontre de la règle voulant qu’il n’y ait pas de redondance : s’il était vrai que les indications communiquées en privé peuvent être considérées comme données « au public », il n’aurait pas été nécessaire pour le législateur de spécifier dans la disposition déterminative les modes de communication visés aux alinéas 74.03(1)d) et e). Qui plus est, selon les intimés, leur interprétation est conforme à la maxime d’interprétation législative *expressio unius est exclusio alterius*. Enfin, ils invoquent la modification récente de la disposition déterminative. Ils font valoir qu’elle avait pour fin d’infirmier la décision rendue par le Tribunal dans la présente affaire, ce qui mène à la conclusion que la disposition, avant sa modification, ne s’appliquait pas.

c) *Le contexte législatif confirme l’interprétation du Tribunal*

[39] Les intimés souscrivent aux conclusions du Tribunal concernant les modifications de 1974, qui comprenaient l’adjonction de la disposition déterminative. Le Tribunal a fait remarquer que le libellé de la modification adoptée différait de celui de l’avant-projet de loi pour ce qui concerne les alinéas 36(2)d) et e) [*Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, modifiés par S.C. 1974-75-76, ch. 76, art. 18]. La modification adoptée utilisait les mots « à un utilisateur éventuel », un singulier donc, au lieu de l’expression plurielle « des personnes qui sont des utilisateurs éventuels » qu’on trouvait dans l’avant-projet. De même, l’avant-projet adopté contenait l’expression plurielle *members of the public* (« des

analogous to the current civil provisions in paragraph 74.01(1)(a). Parliament can be understood therefore to have intended that the phrase “to the public” require a group of people for the purposes of paragraph 74.01(1)(a).

(d) *The purpose of the Act*

[40] Finally, the respondents agree with the Tribunal that the purpose of the Act is the protection of consumers and competitors in the marketplace. Based on this purpose, in order for paragraph 74.01(1)(a) to be triggered, misleading information must be fed into the marketplace through communication to other businesses and not just to consumers. Indeed, notes the respondent, the Act largely emphasizes competitors; the only mention of consumers in the purpose clause, section 1.1, is in relation to “competitive prices and product choices.”

(3) Analysis of the Tribunal’s decision and the parties’ submissions

(a) *Representations in the present case, although made in private were made “to the public”*

[41] In this case, the respondents addressed their advertisements to members of the public at large. The public was accordingly invited to seek the services of the respondents. Members of the public then accepted the invitation and made appointments with the respondents.

[42] The respondents, in oral argument, admitted that if these representations had been made to a group of prospective clients together, the representations would have been made “to the public”. I cannot accept that because the representations were made to individuals of the public in a private place, this means that they were not made to the public.

éléments du public ») plutôt que l’expression *a member of the public* (« au public » dans le texte français) retenue dans la modification. Cependant, le texte de l’alinéa 36(1)a) [mod., *idem*], analogue aux dispositions civiles actuellement en vigueur de l’alinéa 74.01(1)a), n’a pas connu ces changements d’un pluriel à un singulier. Il faut donc en déduire que l’intention du législateur était que les termes « au public », pour l’application de l’alinéa 74.01(1)a), désignent un ensemble de personnes.

d) *L’objet de la Loi*

[40] Enfin, les intimés conviennent avec le Tribunal que l’objet de la Loi est la protection des consommateurs et des concurrents sur le marché. Il s’ensuit que, pour déclencher l’application de l’alinéa 74.01(1)a), les indications trompeuses doivent être données sur le marché, c’est-à-dire non seulement aux consommateurs, mais aussi aux autres entreprises. En fait, les intimés font observer que la Loi met l’accent sur les concurrents : la seule mention des consommateurs qu’on y trouve est celle de l’article 1.1, relativement aux « prix compétitifs » et au « choix dans les produits ».

3) Analyse de la décision du Tribunal et des prétentions des parties

a) *Les indications en cause, bien que communiquées en privé, ont été données « au public »*

[41] Dans la présente affaire, les intimés ont adressé leurs annonces publicitaires au grand public, invitant par conséquent celui-ci à recourir à ses services. Certains membres du public ont accepté cette invitation et pris rendez-vous avec les intimés.

[42] Lors des plaidoiries, les intimés ont reconnu que si les indications en cause avaient été données devant un groupe de clients éventuels, elles auraient été données « au public ». Je ne puis admettre que ces indications n’aient pas été données au public du simple fait qu’elles aient été communiquées à des membres du public en un lieu privé.

[43] The Tribunal stressed that personal matters were discussed at the first and second meetings. However, the personal matters discussed at these meetings were raised by the clients. The communications made by the prospective clients were not the subject of the false or misleading representations. These were made by the respondents. The Tribunal also ruled that the communications between the clients and the respondents at the first and second meetings were made with a reasonable expectation of privacy. Again, this expectation relates to the communications made by the clients, not to the representations made by the respondents. At issue in this case are the representations made by the respondents to the customers. Anything said by customers—however personal in nature—is irrelevant to a determination of whether the respondents' representations were misleading. The content of these representations was not at all private and was substantially the same for the members of the public who sought the services of the respondents.

[44] The respondents submit that the representations were not made “to the public” because they were made individually to clients and that there was therefore no public access. I disagree. The public did have access; it just accessed the representations one at a time rather than collectively. The important question to ask in determining whether a representation was made to the public is “to whom were the representations made?” Here, they were made to various members of the public seeking the services of the respondents.

[45] There is ample support for this interpretation in the jurisprudence of this Court and the Supreme Court. In *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353, the Supreme Court addressed the meaning of “public” within the context of the British Columbia *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22, section 3. In that case, a student at the University of British Columbia alleged that the school violated her section 3 right against discrimination “with respect to any accommodation, service or facility customarily available to the

[43] Le Tribunal a insisté sur le fait que des questions personnelles étaient discutées au premier et au deuxième entretiens. Cependant, ce sont les clients qui soulevaient alors ces questions personnelles. Le contenu communiqué par les clients éventuels ne formait pas le sujet des indications fausses ou trompeuses : celles-ci étaient données par les intimés. Le Tribunal a aussi conclu que les propos échangés par les clients éventuels et les intimés lors du premier et du deuxième entretiens s'inscrivaient dans le contexte d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. Là encore, cette attente se rapportait aux renseignements communiqués par les clients, et non aux indications données par les intimés. La question en litige en l'espèce porte sur les indications données aux clients par les intimés. S'il est vrai que les propos des clients sont de nature personnelle, ils sont cependant dénués de pertinence lorsqu'il s'agit d'établir si les indications données par les intimés étaient trompeuses. Le contenu de ces indications n'avait absolument rien de privé et était en substance le même pour tous les membres du public qui demandaient les services des intimés.

[44] Les intimés soutiennent que les indications en cause n'ont pas été données « au public » parce qu'elles ont été communiquées individuellement aux clients éventuels et que le public n'y avait donc pas accès. Je ne suis pas de cet avis. Le public avait bel et bien accès aux indications; c'est seulement que les membres du public y avaient accès individuellement plutôt que collectivement. La question importante qu'il faut se poser pour établir si des indications ont été données au public est le point de savoir à qui elles ont été données. En l'occurrence, elles ont été données à divers membres du public désireux de retenir les services des intimés.

[45] Cette interprétation est abondamment étayée par la jurisprudence de notre Cour aussi bien que de la Cour suprême. Dans l'arrêt *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, par exemple, la Cour suprême a examiné la signification du terme [TRADUCTION] « public » (*public*) dans le contexte de l'article 3 de la *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique, S.B.C. 1984, ch. 22. Dans cette affaire, une étudiante de l'Université de la Colombie-Britannique soutenait que cet établissement avait porté atteinte au

public” when it refused to fill out a rating sheet for her. In a decision later affirmed by the British Columbia Court of Appeal [(1991), 81 D.L.R. (4th) 497], the British Columbia Supreme Court [(1988), 10 C.H.R.R. D/6112] held that filling out a rating sheet was not a service “customarily available to the public.” The Supreme Court concluded otherwise. Writing for the majority, Chief Justice Lamer explicitly rejected a quantitative approach to the definition of “public” (at page 382):

It appears to me that attention in the prior cases to the quantitative characteristics of the group to whom the service or facility is available does not focus adequately on other relevant factors. If the focus is purely quantitative, it is indeed hard to see how anything less than all citizens can be said to be the “public” of a given municipality, province, or country.

[46] Indeed, the Chief Justice stated, “I would reject any definition of ‘public’ which refuses to recognize that any accommodation, service or facility will only ever be available to a subset of the public” (page 383). Chief Justice Lamer instead advocated “a principled approach which looks to the relationship created between the service or facility provider and the service or facility user by the particular service or facility” (page 384). As the appellant notes, nowhere in *Berg* did the Supreme Court address whether the services were of a personal nature, or whether they were provided one-on-one and in private.

[47] Other cases also stand for the proposition that communication to the public can take place in a private place. In *Regina v. Kiefer* (1976), 70 D.L.R. (3d) 352 (B.C. Prov. Ct.), affd [1976] 6 W.W.R. 541 (B.C. Co. Ct.), the accused was charged with selling securities without a prospectus. The accused relied on an exemption, which stated that no prospectus was required for

droit que lui garantissait ledit article 3 de ne pas faire l’objet de discrimination [TRADUCTION] « à l’égard d’un logement, de services ou d’installations habituellement offerts au public », en refusant de remplir un formulaire d’évaluation pour elle. Dans sa décision ultérieurement confirmée par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique [(1991), 81 D.L.R. (4th) 497], la Cour suprême de cette province [(1988), 10 C.H.R.R. D/6112] a statué que le fait de remplir un formulaire d’évaluation ne constituait pas un service [TRADUCTION] « habituellement offert au public ». Cependant, la Cour suprême du Canada en a décidé autrement. Le juge en chef Lamer, écrivant au nom de la majorité, a expressément rejeté (à la page 382) l’approche quantitative de la définition du terme « public » :

Il me semble que l’attention prêtée dans les arrêts antérieurs aux caractéristiques quantitatives du groupe auquel sont offerts les services ou les installations ne porte pas suffisamment sur d’autres facteurs pertinents. Si l’accent mis est purement quantitatif, il est en fait difficile de voir comment on peut dire que quelque chose de moins que l’ensemble des citoyens constitue le «public» d’une municipalité, d’une province ou d’un pays donnés.

[46] En fait, le juge en chef formule la conclusion suivante à la page 383 : « Je rejeterais donc toute définition du mot “public” qui refuse de reconnaître qu’un logement, des services ou des installations ne seront toujours offerts qu’à un sous-ensemble du public. » Il préconise plutôt le « recours à une méthode fondée sur des principes qui tiennent compte de la relation que les services ou les installations particuliers créent entre le fournisseur de services ou d’installations et l’usager des services ou des installations » (page 384). Comme le fait observer l’appelante, dans l’arrêt *Berg*, la Cour suprême du Canada ne traite nulle part de la question de savoir si les services étaient de nature personnelle ou s’ils étaient fournis individuellement et en privé.

[47] D’autres décisions viennent aussi étayer la thèse que la communication au public peut se faire en un lieu privé. Dans l’affaire *Regina c. Kiefer* (1976), 70 D.L.R. (3d) 352 (C. P. C.-B.), conf. par [1976] 6 W.W.R. 541 (C.c. C.-B.), l’inculpé était accusé d’avoir vendu des valeurs mobilières sans établir de prospectus d’émission. Il invoquait une dérogation selon laquelle il

sales not made to the public. Despite the fact that the accused had only sold securities individually, over the course of two years, and to only five clients for whom he had acted as a broker, the Court deemed the sales to the public and the accused was convicted.

[48] In *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, the appellant publishing company alleged that the respondent's custom photocopy service violated its copyright in reported court decisions. As part of its arguments, the appellant claimed that the respondent violated its copyright when the respondent faxed one copy to one of its members. Chief Justice McLachlin ruled that "[t]he fax transmission of a single copy to a single individual is not a communication to the public. This said, a series of repeated fax transmissions of the same work to numerous different recipients might constitute communication to the public in infringement of copyright" (at paragraph 78).

[49] This Court offered a similar definition in *Canadian Wireless Telecommunications Assn. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2008 FCA 6, [2008] 3 F.C.R. 539. In that case, the Copyright Board of Canada allowed the respondent, the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) to collect a tariff on ringtones downloaded by mobile phone users from their service providers. The Copyright Board based its ruling on paragraph 3(1)(f) [as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 62] of the *Copyright Act*, which accords a copyright holder the sole right "in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work to the public by telecommunication ... and to authorize any such acts." The respondent, which represented major telecommunications companies, argued that the transmission of a ringtone from a provider to a single customer did not constitute a transmission "to the public" and that SOCAN was therefore unable to collect a royalty on ringtone transmissions. Writing for the Court, Justice

n'était pas nécessaire d'établir un prospectus pour les ventes qui n'étaient pas faites au public. Or, malgré le fait que l'inculpé avait uniquement vendu des valeurs mobilières individuellement, sur une période de deux ans, et qu'il n'avait fourni des services de courtage qu'à cinq clients, la Cour a estimé qu'il avait vendu les valeurs en question au public et l'a déclaré coupable.

[48] Dans l'affaire *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, l'une des parties appelantes, une maison d'édition, soutenait que l'une des parties intimées, un service de photocopie sur demande, avait porté atteinte à son droit d'auteur sur des décisions judiciaires publiées. L'appelante prétendait entre autres que l'intimée avait porté atteinte à son droit d'auteur en transmettant par télécopieur une copie d'une décision à l'un de ses membres. La juge en chef McLachlin a conclu, au paragraphe 78, que « [t]ransmettre une seule copie à une seule personne par télécopieur n'équivaut pas à communiquer l'œuvre au public. Cela dit, la transmission répétée d'une copie d'une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public et violer le droit d'auteur. »

[49] Notre Cour a proposé une définition semblable dans l'arrêt *Assoc. canadienne des télécommunications sans fil c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2008 CAF 6, [2008] 3 R.C.F. 539. Dans cette affaire, la Commission du droit d'auteur du Canada avait autorisé l'intimée, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (la SOCAN), à percevoir des redevances sur la transmission sans fil de sonneries aux utilisateurs de téléphones cellulaires par leurs fournisseurs de services. La Commission du droit d'auteur avait fondé sa décision sur l'alinéa 3(1)(f) [mod. par L.C. 1988, ch. 65, art. 62] de la *Loi sur le droit d'auteur*, qui confère au titulaire du droit d'auteur le droit exclusif « de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique », ainsi que « d'autoriser ces actes ». L'intimée, qui représentait les principales entreprises de télécommunications, soutenait que la transmission d'une sonnerie par un fournisseur à un unique client ne constituait pas une communication

Sharlow (at paragraph 35) held that the transmissions were made “to the public”:

... it is not enough to ask whether there is a one-to-one communication, or a one-to-one communication requested by the recipient. The answer to either of those questions would not necessarily be determinative because a series of transmissions of the same musical work to numerous different recipients may be a communication to the public if the recipients comprise the public, or a significant segment of the public.

[50] Explaining her conclusion, Justice Sharlow compared the act of downloading ringtones to watching television. While the act of watching television takes place in private in front of each viewer’s television, the performance is nevertheless made to the public, since it is “made available to a sufficiently large and diverse group of people” (at paragraph 42). Justice Sharlow also addressed the absurdity that would result if a single transmission of a ringtone to a number of people were deemed to be made to the public, but the sequential transmission of the same ringtone were deemed not to be made to the public: “It would be illogical to reach a different result simply because the transmissions are done one by one, and thus at different times” (at paragraph 43). The same reasoning applies to the case at bar.

[51] In *Canadian Cable Television Assn. v. Canada (Copyright Board)*, [1993] 2 F.C. 138 (C.A.), this Court ruled that the transmission of musical works over television cable systems constituted dissemination within the meaning of paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act* even though the various subscribers might well be alone in the privacy of their home when receiving the transmission. There, Justice Létourneau surveyed English, Australian, and Indian authorities before defining “in public” as “openly, without concealment and to the knowledge of all” (at page 153). Justice Létourneau concluded that the “transmission of non-broadcast services by the appellant to its numerous subscribers, when it relates to musical works, is a

« au public » et que la SOCAN ne pouvait donc percevoir de redevances sur les transmissions de sonneries. Écrivant au nom de la Cour, la juge Sharlow a conclu, au paragraphe 35, que les transmissions en cause étaient faites « au public » :

[...] il ne suffit pas de se demander si l’on a affaire à une communication entre un expéditeur unique et un destinataire unique ou à une communication unique demandée par le destinataire. La réponse à l’une et l’autre de ces questions ne serait pas nécessairement déterminante parce qu’une série de transmissions de la même œuvre musicale à un grand nombre de destinataires différents peut constituer une communication au public si les destinataires constituent le public ou une partie importante du public.

[50] La juge Sharlow explique sa conclusion en comparant l’acte de télécharger des sonneries à celui de regarder la télévision. S’il est vrai qu’on regarde la télévision en privé, chacun devant son poste, la transmission d’une émission de télévision est néanmoins une exécution en public, puisque cette émission « est mise à la disposition d’un groupe de personnes suffisamment large et diversifié » (paragraphe 42). La juge Sharlow évoque également l’absurdité qu’il y aurait à considérer comme une communication au public la transmission simultanée d’une sonnerie à plusieurs abonnés, mais pas un ensemble de transmissions successives de la même sonnerie : « Il serait illogique d’en arriver à un résultat différent pour la simple raison que les transmissions sont effectuées une par une et qu’elles ont donc lieu à des moments différents » (paragraphe 43). Le même raisonnement s’applique en l’espèce.

[51] Dans l’arrêt *Assoc. canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d’auteur)*, [1993] 2 C.F. 138 (C.A.), notre Cour a statué que la transmission d’œuvres musicales sur des réseaux de télévision par câble constitue une communication au public au sens de l’alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d’auteur*, même si chaque abonné peut fort bien se trouver seul dans l’intimité de son foyer lorsqu’il reçoit cette transmission. Le juge Létourneau, après avoir examiné des précédents anglais, australiens et indiens, définit, à la page 153, l’expression « en public » comme signifiant « de manière ouverte, sans dissimulation et au su de tous ». Il conclut, à la page 154, que « la transmission par l’appelante de services autres que de radiodiffusion à

performance in public within the meaning of subsection 3(1) of the *Copyright Act*” (at page 154).

[52] I therefore conclude that the fact that representations were made *in private* does not dictate that they were not made *to the public*. One must look at all the circumstances of the communication. If, as in this case, the communications reach a significant portion of the public, they are made “to the public. As suggested in *Berg* [at page 383], the “public” referred to can be a “subset of the public.”

(b) *The deeming provision*

[53] The respondents assert that the deeming provision addresses specific situations that would ordinarily not fall under paragraph 74.01(1)(a) but that Parliament has nevertheless chosen to deem public. Since Parliament chose to include practices such as door-to-door selling and in-store representations but did not include in-office representations, the maxim *expressio unius est exclusio alterius* dictates that Parliament did not intend to include representations of the nature of those made in this case.

[54] This proposition does not assist the respondents in this case. The purpose of the deeming provision in section 74.03 is to bring specific representations made to only one person, such as when a salesman in a store speaks to a customer, within the meaning of “to the public”. However, in our case, the representations were not made to only one person; rather, similar representations were made to a significant portion of the public. Accordingly, the deeming provision has no relevance to the present case.

[55] Furthermore, the focus of the deeming provision is on who is responsible for having made the representation to the public in situations such as envisioned by subsection 74.03(2). Subsection 74.03(2)

ses nombreux abonnés, pour ce qui est des œuvres musicales, constitue une exécution en public au sens du paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d’auteur* ».

[52] Par conséquent, je conclus que le fait que les indications aient été formulées *en privé* ne veut pas dire qu’elles n’aient pas été données *au public*. Il faut prendre en considération toutes les circonstances de la communication. Si, comme dans la présente affaire, les indications sont communiquées à une partie appréciable du public, elles sont bel et bien données « au public ». Comme il est expliqué dans l’arrêt *Berg* [à la page 383], le « public » dont il s’agit peut être « un sous-ensemble du public ».

b) *La disposition déterminative*

[53] Les intimés font valoir que la disposition déterminative vise des situations déterminées qui n’entreraient pas normalement dans le champ d’application de l’alinéa 74.01(1)a), mais que le législateur a néanmoins décidé de considérer comme publiques. Or, comme le législateur a décidé de spécifier des activités telles que la vente par démarchage et la vente en magasin, mais pas les indications données dans un bureau, il faut déduire de la maxime *expressio unius est exclusio alterius* que le législateur n’avait pas en vue les indications de la nature de celles qui ont été données dans la présente espèce.

[54] Ce moyen n’aide pas les intimés. L’objet de la disposition déterminative de l’article 74.03 est de faire entrer dans la signification de l’expression « au public » des indications déterminées données à une seule personne, par exemple celles qu’un vendeur donne à un client dans un magasin. Cependant, dans la présente espèce, les indications n’ont pas été données à une seule personne : au contraire, des indications d’une même nature ont été données à un sous-ensemble appréciable du public. Par conséquent, la disposition déterminative est dénuée de pertinence en l’espèce.

[55] En outre, la disposition déterminative est axée sur le point de savoir qui est responsable des indications données au public dans des situations telles que celles visées au paragraphe 74.03(2). Ce paragraphe assigne la

identifies who is responsible when the person who made the representation is outside Canada. Specifically, the subsection contemplates that where false or misleading representations relate to a foreign product that is imported into Canada, the representations are deemed to have been made by the importer.

[56] Both parties also make submissions with respect to the recent amendment, which added subsections 74.03(4) and (5) to the deeming provision. The appellant submits that, since the amendment uses the phrase “For greater certainty,” it should be considered declaratory of the previous state of the law. The respondents, however, submit that the amendment was in fact intended to overrule the Tribunal decision, and therefore indicates that Parliament did not initially intend for paragraph 74.01(1)(a) to apply to the case at bar.

[57] I have come to the conclusion that the amendments are of no assistance to either side. To begin, the *Interpretation Act* states that no amendment shall be deemed declaratory. Pierre-André Côté notes that the effect of this statement is not to statutorily ban the use of subsequent legislative history as an interpretive aid, but rather only “to eliminate any automatic presumption of legislative intent in this respect” (Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. (Scarborough, Ont.: Carswell, 2000), at page 532). Nevertheless, there is good reason to exercise prudence in relying on subsequent legislative history. As Ruth Sullivan writes, “it is often difficult to distinguish amendments that are meant to clarify or confirm the law from amendments that are meant to change it” (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008), at page 592).

[58] The Supreme Court has also weighed in on the issue. In *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462 Justices Iacobucci and Cory signalled strong disapproval of the use of subsequent legal history to interpret past legislation (at paragraph 45):

responsabilité dans les cas où la personne qui a donné les indications se trouve à l'étranger. Plus précisément, le paragraphe 74.03(2) dispose que, dans les cas où les indications fausses ou trompeuses se rapportent à un produit étranger importé au Canada, c'est l'importateur qui est réputé les avoir données.

[56] Les deux parties ont également présenté des observations concernant la modification récente de la Loi par adjonction des paragraphes 74.03(4) et (5) à la disposition déterminative. L'appelante soutient que, puisqu'elle contient l'expression « Il est entendu que », la modification devrait être considérée comme déclaratoire de l'état antérieur du droit. Les intimés, quant à eux, affirment que la modification avait en fait pour objet d'infirmer la décision du Tribunal, de sorte qu'il faudrait en déduire que le législateur n'avait pas à l'origine l'intention que l'alinéa 74.01(1)a) s'applique à la présente affaire.

[57] Je suis arrivé à la conclusion que les modifications ne font pencher la balance ni d'un côté ni de l'autre. Pour commencer, la *Loi d'interprétation* dispose que la modification d'un texte ne doit pas être considérée comme une déclaration sur l'état antérieur du droit. Pierre-André Côté fait observer que cette disposition n'a pas pour effet d'interdire l'usage de l'évolution législative subséquente comme outil d'interprétation, mais a plutôt pour seul effet « de faire disparaître toute présomption à cet égard » (Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal : Thémis, 1999, page 672). Néanmoins, il y a de bonnes raisons d'être prudent lorsqu'on invoque l'évolution législative subséquente. En effet, comme le fait observer Ruth Sullivan, [TRADUCTION] « il est souvent difficile de distinguer les modifications qui ont pour but de clarifier ou de confirmer le droit existant de celles qui visent à le changer » (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd., Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008, à la page 592).

[58] La Cour suprême est elle aussi intervenue dans ce débat. Les juges Iacobucci et Cory ont exprimé, au paragraphe 45 de l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, leur ferme désapprobation du recours à l'évolution législative subséquente pour interpréter d'anciennes dispositions :

What legal commentators call “subsequent legislative history” can cast no light on the intention of the enacting Parliament or Legislature. At most, subsequent enactments reveal the interpretation that the present Parliament places upon the work of a predecessor. And, in matters of legal interpretation, it is the judgment of the courts and not the lawmakers that matters. It is for judges to determine what the intention of the enacting Parliament was.

[59] Of note, the amendment in *Dynar* was a change to the *mens rea* requirement for a money laundering offence, and was not framed as a clarification, as is the case before us. Nevertheless, as the ruling in *Dynar* implies, the mere insertion of the phrase “for greater certainty” cannot change the reality that any legislative amendment—however declaratory in nature—represents the imputation by the current Parliament of its own interpretation upon the legislation of the previous Parliament. Accordingly, the amendments to the deeming provision are not helpful in interpreting paragraph 74.01(1)(a) for the purposes of this case.

(c) *The purpose of the Act*

[60] The purpose of the Act is set out in section 1.1. As this purpose clause makes clear, the goal of the Act is not to foster competition for its own sake, but rather to promote derivative economic objectives, such as efficiency, global participation, high quality products, and competitive prices.

[61] With the purpose clause in mind, it becomes clear that the objective of the deceptive marketing provisions in section 74.01 is to incite firms to compete based on lower prices and higher quality, in order “to provide consumers with competitive prices and product choices.” Importantly, the deceptive marketing provisions—unlike many other provisions of the Act—do not list actual harm to competition as an element of the offence. Since harm to competition is not listed as an element of the offence in this case, but it is a truism that the Act always seeks to prevent harm to competition, it is

Ce que les auteurs appellent l’« évolution législative subséquente » ne peut jeter aucune lumière sur l’intention du législateur, qu’il soit fédéral ou provincial. Tout au plus, les modifications législatives révèlent l’interprétation que le législateur actuel donne à l’œuvre d’un prédécesseur. Et, en matière d’interprétation de la loi, c’est le jugement des tribunaux, et non celui des législateurs, qui importe. Il appartient aux juges de déterminer quelle était l’intention du législateur qui a adopté la loi.

[59] Il est à noter que la modification en question dans *Dynar* portait sur la *mens rea* nécessaire pour qu’il y ait infraction de recyclage des produits de la criminalité et ne constituait pas un éclaircissement, contrairement à celle qui nous occupe dans la présente espèce. Néanmoins, comme l’implique l’arrêt *Dynar*, la simple insertion de l’expression « il est entendu que » ne peut changer le fait que toute modification législative — si déclaratoire qu’en soit la nature — représente l’application par le législateur actuel de sa propre interprétation des lois adoptées par le législateur antérieur. Par conséquent, les modifications apportées à la disposition déterminative ne sont pas utiles pour interpréter l’alinéa 74.01(1)a) aux fins de la présente affaire.

c) *L’objet de la Loi*

[60] L’objet de la Loi est énoncé à son article 1.1. Comme l’indique clairement cet article, la Loi n’a pas pour but de favoriser la concurrence pour la concurrence, mais plutôt de promouvoir les objectifs économiques qui en découlent, tels que l’efficacité, la participation aux marchés mondiaux, la qualité des produits et la compétitivité des prix.

[61] Il ressort clairement de l’article déclarant l’objet de la Loi que les dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses de l’article 74.01 visent à inciter les entreprises à rivaliser sur la base des prix et de la qualité, « dans le but d’assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits ». Il est important de remarquer que les dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses — contrairement à bien d’autres dispositions de la Loi — ne spécifient pas le préjudice à la concurrence comme élément de l’infraction. Ce préjudice n’est donc

presumed that whenever the elements of paragraph 74.01(1)(a) are made out, there is *per se* harm to competition.

[62] When a firm is permitted to make misleading representations to the public, putative consumers may be more likely to choose the inferior products of that firm over the superior products of an honest firm. When consumer information is distorted in this manner, firms are encouraged to be deceitful about their goods or services, rather than to produce or provide higher quality goods or services, at a lower price. Therefore, as the appellant contends, when a firm feeds misinformation to potential consumers, the proper functioning of the market is necessarily harmed, and the Act is rightly engaged, given its stated goals.

[63] As the appellant submits, the proper focus of analysis in deceptive marketing cases is the consumer. While the respondents correctly state that the Act is not a consumer protection statute, they are wrong to suggest that this interpretation of the deceptive marketing provisions is tantamount to interpreting the Act as a consumer protection statute. On the contrary, as the foregoing analysis indicates, a focus on the consumer is not indicative of the objective of the scheme, but is a consideration antecedent to the ultimate objective: maintaining the proper functioning of the market in order to preserve product choice and quality.

[64] In this case, the evidence from ex-customers makes it clear that the respondents' clients were aware that the respondents operated in a competitive marketplace and that they indeed chose the respondents as a result of the misleading representations. For example:

pas spécifié comme élément de l'infraction dans la présente espèce, mais il va sans dire que la Loi vise toujours à empêcher qu'il soit fait du tort à la concurrence, de sorte qu'on peut présumer que, chaque fois qu'est reconnue la présence des éléments de l'alinéa 74.01(1)a), il y a par définition préjudice à la concurrence.

[62] S'il est permis à une entreprise de donner des indications trompeuses au public, il peut y avoir de plus fortes probabilités que les consommateurs éventuels préfèrent les produits inférieurs de cette entreprise aux produits supérieurs d'un concurrent honnête. Dans un contexte où les consommateurs se voient ainsi communiquer de faux renseignements, les entreprises se trouvent incitées à mentir sur leurs produits ou leurs services, au lieu de produire ou de fournir des biens ou des services de meilleure qualité et moins chers. Par conséquent, ainsi que le soutient l'appelante, lorsqu'une entreprise donne des renseignements trompeurs aux consommateurs éventuels, elle porte nécessairement préjudice au bon fonctionnement du marché, de sorte qu'on est fondé à invoquer ici la Loi, étant donné ses objectifs explicites.

[63] Comme le fait valoir l'appelante, c'est le consommateur qui doit former l'axe de l'analyse dans les affaires de pratiques commerciales trompeuses. S'ils ont raison d'affirmer que la Loi n'est pas un texte de protection des consommateurs, les intimés ont tort de soutenir qu'interpréter de la manière susdite les dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses revient à interpréter la Loi comme un texte visant la protection du consommateur. Au contraire, ainsi que l'indique l'analyse qui précède, la focalisation sur le consommateur n'est pas un signe de l'objectif de la Loi, mais une considération préalable à son objectif fondamental, à savoir le maintien du bon fonctionnement du marché afin de préserver un choix de produits et la qualité de ceux-ci.

[64] Dans la présente espèce, les témoignages d'anciens clients de PCMG indiquent clairement que les clients des intimés savaient que ceux-ci menaient leurs activités sur un marché concurrentiel et qu'ils ont en fait choisi leurs services par suite des indications trompeuses en question. Ainsi,

(a) Christopher Graham stated that Mr. Roy told him “that PCMG was helping people get into high-paying careers, and that was the reason why there was a fee associated with this. He [said] that the other free employment organizations were getting people low-paying jobs and he downplayed the type of services they were rendering” (evidence, statement of Christopher Graham, undated, Exhibit A-13, at paragraph 19).

(b) Tanya Threatful stated that “Minto Roy said PCMG was unlike any other company in the career management business because of his personal ties and contacts in the corporate world” (evidence, statement of Tanya Threatful, September 10, 2007, Exhibit A-57, at paragraph 9).

(c) Johan de Vaal stated “I got the impression from PCMG’s ad that the company was a head hunting company in the job recruitment industry. I assumed that, like those employment firms, PCMG already had a list of companies that were looking to have positions filled” (evidence, affidavit of Johan de Vaal, September 10, 2007, Exhibit A-1, at paragraph 6).

(d) Rafaelle Roca, also an ex-customer, expressed similar sentiment, reflecting on his interaction with PCMG employee Ravi Puri (evidence, affidavit of Rafaelle Roca, October 25, 2007, Exhibit R-53, at paragraph 22):

Ravi Puri illustrated the following scenario on the whiteboard in his office. Even though PCMG charged more [than other firms], their contacts with decision makers coupled with the negotiating skills they would teach me would enable me to secure a higher salary. Would therefore end up paying less for PCMG’s services, percentage wise, compared to what I would pay for other agencies’ services.

[65] As these statements demonstrate, the respondents’ misrepresentations played a key role in the decisions of at least some customers to choose PCMG over other agencies. This is exactly the type of market distortion

a) Christopher Graham a déclaré que M. Roy lui avait dit [TRADUCTION] « que PCMG aidait les gens à entrer dans des carrières très lucratives et que c’était la raison pour laquelle ses services étaient rémunérés. Selon M. Roy, a ajouté M. Graham, les organismes de recherche d’emploi offrant des services gratuits ne trouvaient que des emplois mal rémunérés, et il a minimisé l’importance des services que fournissaient ces organismes » (dossier de preuve, déclaration de Christopher Graham, non datée, pièce A-13, au paragraphe 19).

b) Tanya Threatful a déclaré que [TRADUCTION] « Minto Roy [lui avait] dit que PCMG ne ressemblait à aucune autre entreprise du secteur de la gestion de carrière à cause des relations personnelles qu’elle avait dans les milieux d’affaires » (dossier de preuve, déclaration de Tanya Threatful, datée du 10 septembre 2007, pièce A-57, au paragraphe 9).

c) Johan de Vaal a déclaré : [TRADUCTION] « L’annonce de PCMG m’a donné l’impression qu’elle était une entreprise de recrutement de cadres, un « chasseur de têtes » comme on dit. J’ai supposé que, comme les entreprises de ce genre, PCMG disposait déjà d’une liste de sociétés à la recherche de candidats pour leurs postes vacants » (dossier de preuve, affidavit de Johan de Vaal, daté du 10 septembre 2007, pièce A-1, au paragraphe 6).

d) Rafaelle Roca, aussi un ancien client, fait état d’impressions analogues en se remémorant un entretien avec un employé de PCMG dénommé Ravi Puri (dossier de preuve, affidavit de Rafaelle Roca, daté du 25 octobre 2007, pièce R-53, au paragraphe 22) :

[TRADUCTION] Ravi Puri a illustré le scénario suivant sur le tableau blanc de son bureau. Il était vrai que PCMG demandait plus [que d’autres entreprises], mais ses relations avec des décideurs, ainsi que les techniques de négociation qu’elle m’enseignerait, me permettraient d’obtenir un salaire plus élevé. En fin de compte, donc, les services de PCMG me coûteraient moins cher, proportionnellement, que les services d’autres agences.

[65] Comme le démontrent ces déclarations, les indications trompeuses données par les intimés ont joué un rôle clé dans la décision d’au moins certains clients éventuels de retenir les services de PCMG plutôt que

that the deceptive marketing provisions seek to prevent. The behaviour targeted in this case therefore falls squarely within the ambit of the Act.

C. *Conclusions on the meaning of “to the public”*

[66] I conclude that the representations made by the respondents in this case were made “to the public” within the meaning of paragraph 74.01(1)(a) of the Act. In the circumstances, it does not matter that the representations were made in private, that the representations were made one at a time, or that clients conveyed personal information to the respondents. As I stated above, the question to ask in determining whether a representation was made to the public is “to whom were the representations made, and under what circumstances?” The answer is as follows: the representations were made to a significant section of the public who had been invited by advertising to attend at the offices of the respondent.

VII. Were the representations misleading?

A. *Standard of review*

[67] The determination of standards of review for administrative tribunals is ordinarily governed by *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. In this case, however, the decision below was issued by a justice of the Federal Court, sitting alone as a judicial member of the Competition Tribunal. Furthermore, subsection 13(1) of the *Competition Tribunal Act* states that an appeal from the Tribunal to this Court is treated as if the original decision were a judgment of the Federal Court. As the respondents state in their factum, given the judicial nature of the proceedings and the fact that the case was heard before a justice of the Federal Court, it makes more sense to

ceux d’autres agences. C’est exactement là le genre de distorsion du marché que les dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses visent à empêcher. Le comportement en cause dans la présente affaire s’inscrit donc tout à fait dans le champ d’application de la Loi.

C. *Conclusions de la Cour sur la signification des mots « au public »*

[66] Je conclus que les indications données par les intimés dans la présente espèce ont été données « au public » au sens de l’alinéa 74.01(1)a) de la Loi. Eu égard aux circonstances, peu importe que les indications aient été données en privé, qu’elles aient été données individuellement, ou que les clients éventuels aient communiqué des renseignements personnels aux intimés. Comme je l’ai indiqué précédemment, la question qu’il faut se poser pour établir si des indications ont été données au public est le point de savoir à qui elles ont été données et dans quelles circonstances. En l’espèce, la réponse est la suivante : les indications ont été données à des personnes composant un sous-ensemble appréciable du public, que des annonces publicitaires avaient incitées à se rendre aux bureaux des intimés.

VII. Les indications étaient-elles trompeuses?

A. *La norme de contrôle*

[67] On détermine normalement la norme de contrôle de la décision d’un tribunal administratif d’après l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190. Cependant, c’est une juge de la Cour fédérale, siégeant seule en tant que juge du Tribunal de la concurrence, qui a prononcé la décision visée par l’appel. En outre, selon le paragraphe 13(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, les décisions du Tribunal dont il est fait appel devant notre Cour doivent être considérées comme des jugements de la Cour fédérale. Comme le soutiennent les intimés dans leur mémoire, étant donné la nature judiciaire de l’instance et le fait que l’affaire ait été instruite par une juge de la Cour

apply the standard used to review decisions of lower courts rather than those used to review administrative tribunals. With this in mind, the Supreme Court's decision in *Housen* is determinative of the standard of review.

[68] The respondents submit that the analysis of whether the representations were misleading should be split into two questions: (1) What did the representations mean? (i.e., the construction of the representations), and (2) Were the representations misleading? I agree.

(A) Standard of review: construction of the representations

[69] The respondents submit that the construction of a representation is a question of law, and cite a number of cases to support this principle (*R. v. Total Ford Sales Ltd.* (1987), 18 C.P.R. (3d) 404 (Ont. Dist. Ct.); *R. v. Independent Order of Foresters* (1989), 26 C.P.R. (3d) 229 (Ont. C.A.); *Regina v. International Vacations Ltd.* (1980), 33 O.R. (2d) 327 (C.A.)). The appellant attempts to distinguish this line of cases, noting that *Total Ford* and *Foresters* both relied on *International Vacations*, and that in *International Vacations* the Court noted specifically that the representations in question were written newspaper advertisements. While this is factually correct, the appellant offers no principled basis for why this rule should not apply to verbal representations as well. Therefore, I accept the respondents' submission that the construction of representations is a question of law. According to *Housen*, questions of law are reviewed on a standard of correctness (at paragraph 8).

(B) Standard of review: analysis of whether the representations were misleading

[70] The Tribunal found as fact that the alleged oral representations were made to the prospective clients.

fédérale, il paraît plus logique d'appliquer la norme de contrôle des décisions des tribunaux judiciaires inférieurs que celles utilisées pour contrôler les décisions des tribunaux administratifs. En conséquence, la norme de contrôle applicable en l'espèce sera déterminée selon l'arrêt *Housen* de la Cour suprême.

[68] Les intimés font valoir que l'analyse du point de savoir si les indications étaient trompeuses devrait s'articuler en deux questions : 1) que signifiaient les indications? (c'est-à-dire l'interprétation de celles-ci); 2) les indications étaient-elles trompeuses? Je suis d'accord avec eux.

A) La norme de contrôle applicable à l'interprétation des indications

[69] Les intimés soutiennent que l'interprétation d'indications est une question de droit et invoquent plusieurs précédents à l'appui de ce principe : *R. v. Total Ford Sales Ltd.* (1987), 18 C.P.R. (3d) 404 (C. dist. Ont.); *R. v. Independent Order of Foresters* (1989), 26 C.P.R. (3d) 229 (C.A. Ont.); et *Regina v. International Vacations Ltd.*, [1980] 33 O.R. (2d) 327 (C.A.). L'appelante demande à la Cour d'écarter cette série de décisions, faisant observer que les décisions *Total Ford* et *Foresters* s'appuyaient sur l'arrêt *International Vacations*, et que la Cour d'appel de l'Ontario a explicitement noté dans ce dernier arrêt que les indications en question consistaient en annonces publicitaires de journaux. Le fait est exact, mais l'appelante ne dit pas selon quel principe la règle applicable à de telles annonces ne pourrait aussi valoir pour les indications données oralement. Par conséquent, j'accepte la prétention des intimés selon laquelle l'interprétation d'indications est une question de droit. Selon l'arrêt *Housen* (paragraphe 8), les questions de droit relèvent de la norme de la décision correcte.

B) La norme de contrôle applicable à l'analyse du point de savoir si les indications étaient trompeuses

[70] Le Tribunal a conclu que les indications orales en cause avaient été données à des clients éventuels. Il a

The Tribunal then proceeded to apply the law to this fact, in order to determine whether the oral representations were misleading and material. This involves a question of mixed fact and law.

[71] In *Housen*, a majority of the Court held that in cases of mixed fact and law, absent a readily extricable legal principle, the decision of the trier of fact should be overturned subject only to a palpable and overriding error (at paragraph 36). The question of whether the representations were misleading represents a direct application of paragraph 74.01(1)(a) of the Act to the facts of this case. As there is no extricable principle of law, the Tribunal's finding that the representations were misleading can only be overturned if the appellant demonstrates a palpable and overriding error in the Tribunal's decision.

B. Construction of the representations

[72] The respondents submit that the standard to be used in constructing representations is the perspective of an "ordinary citizen" possessing "ordinary reason and intelligence and common sense" (*R. v. Kenitex Canada Ltd et al.* (1980), 51 C.P.R. (2d) 103 (Ont. Co. Ct.), at page 107). I agree.

[73] The respondents then allege that the Tribunal made two errors of law in constructing the representations. First, they allege that the Tribunal expressly found that the respondents made no specific promises and that vague representations cannot sustain a prosecution (*Maritime Travel Inc. v. Go Travel Direct.Com Inc.*, 2008 NSSC 163, 265 N.S.R. (2d) 369, at paragraph 37). I reject this submission. The Tribunal indeed found that the respondents did not guarantee specific interviews with specific contacts. Equally, however, it found that the respondents did guarantee interviews generally with high-ranking contacts. It does not matter that the respondents did not detail exactly which contacts prospective clients would meet.

ensuite appliqué le droit à ce fait ainsi établi, afin de décider les points de savoir si ces indications orales étaient trompeuses et portaient sur un point important. Cette opération met en jeu une question mixte de fait et de droit.

[71] Dans l'arrêt *Housen*, la majorité de la Cour a conclu que, lorsqu'il s'agit d'une question mixte de fait et de droit, c'est-à-dire lorsque le principe juridique applicable n'est pas facilement isolable, la décision du juge de première instance ne doit être infirmée que s'il existe une erreur manifeste et dominante (paragraphe 36). Pour répondre à la question de savoir si les indications étaient trompeuses, il faut appliquer directement l'alinéa 74.01(1)a) de la Loi aux faits de la présente espèce. Comme aucun principe juridique n'est ici isolable, la conclusion du Tribunal selon laquelle les indications étaient trompeuses ne peut être infirmée que si l'appelante démontre la présence d'une erreur manifeste et dominante dans la décision du Tribunal.

B. L'interprétation des indications

[72] Les intimés soutiennent que la norme d'interprétation à appliquer aux indications de la nature qui nous occupe est le point de vue du [TRADUCTION] « citoyen ordinaire », possédant « un niveau moyen d'entendement, d'intelligence et de bon sens » : *R. v. Kenitex Canada Ltd. et al.* (1980), 51 C.P.R. (2d) 103 (C.c. Ont.), à la page 107. Je souscris à cette proposition.

[73] Les intimés affirment ensuite que le Tribunal a commis deux erreurs de droit dans l'interprétation des indications. Premièrement, ils font valoir que le Tribunal a explicitement conclu que les intimés n'avaient pas fait de promesses précises; or, des indications vagues ne peuvent motiver une poursuite : *Maritime Travel Inc. v. Go Travel Direct.Com Inc.*, 2008 NSSC 163, 265 N.S.R. (2d) 369, au paragraphe 37. Je rejette cette prétention. Il est vrai que le Tribunal a conclu que les intimés n'avaient pas garanti d'entretiens déterminés avec des personnes-ressources précises, mais il est tout aussi vrai qu'il a conclu que les intimés avaient bel et bien garanti des entretiens en général avec des personnes-ressources de haut niveau. Il importe peu que

[74] Second, the respondents submit that the *Kenitex* “ordinary person” would have understood that part of this representation depended on vague descriptions of “future contingent events” beyond the respondents’ control, and that implicit in the representation were reservations that not every contact would be used for each client, and that the number of positions would vary from person to person and across time. I find this argument unconvincing. It is unclear that an ordinary person would not believe the representations despite their future and contingent nature. Indeed, many representations made to prospective customers are of future contingent events. If an airline advertises that a plane will arrive at 11:00 a.m. but it regularly arrives at 5:00 p.m. then the airline has almost certainly misled its customers, even if other events (for example, weather or traffic congestion) interfere occasionally. If a cellular phone company tells prospective customers that it offers unparalleled reception but the reception is almost always poor, then that company too has likely misled its customers, even though other factors, such as interference from electrical wires or tall buildings, can also affect reception.

[75] Accordingly, I find that the Tribunal was correct in its construction of the representations.

C. *Were the representations misleading?*

[76] The respondents claim that the Tribunal erred in concluding that the contacts representation was misleading for two reasons. First, the respondent submits that the Tribunal made no finding of fact that the respondents had an extensive network of contacts. Second, the respondent submits that a reasonable person would have understood that it was implicit in any such representation that not all of PCMG’s representations would be relevant to each client, that the existence of

les intimés n’aient pas fourni de détails précis sur les personnes que leurs clients éventuels rencontreraient.

[74] Deuxièmement, les intimés font valoir que la [TRADUCTION] « personne ordinaire » de la décision *Kenitex* aurait compris que le contenu de cette catégorie d’indications dépendait en partie de descriptions vagues [TRADUCTION] « d’événements futurs aléatoires », indépendants de leur volonté, et qu’il était sous-entendu dans ces indications que chaque personne-ressource ne serait pas mobilisée pour chaque client, et que le nombre des postes disponibles varierait d’une personne à l’autre et dans le temps. Cet argument ne me convainc guère. Il n’est pas évident que la personne ordinaire n’ajouterait pas foi aux indications malgré le caractère futur et aléatoire des événements envisagés. En fait, les indications qu’on donne à des clients éventuels concernent dans bien des cas des événements futurs aléatoires. La compagnie aérienne qui déclare dans sa publicité que tel avion arrivera à 11 heures alors qu’il atterrit régulièrement à 17 heures a presque certainement induit ses clients en erreur, même si d’autres facteurs (par exemple les conditions météorologiques ou l’encombrement aéroportuaire) retardent à l’occasion l’heure d’arrivée. De même, l’entreprise de téléphonie cellulaire qui dit à ses clients éventuels qu’elle offre une qualité de réception sans égale, alors que la réception est presque toujours mauvaise, les a probablement aussi induits en erreur, même si d’autres facteurs, tels que les interférences dues aux fils électriques ou aux immeubles élevés, peuvent également faire obstacle à la réception.

[75] En conséquence, je conclus que le Tribunal a donné une interprétation juste des indications en cause.

C. *Les indications étaient-elles trompeuses?*

[76] Les intimés soutiennent que le Tribunal a commis une erreur en concluant que les indications sur les personnes-ressources étaient trompeuses et invoquent deux moyens à l’appui de cette prétention. Premièrement, ils font valoir que le Tribunal n’a pas formulé de conclusion de fait sur l’étendue de leur réseau de personnes-ressources. Deuxièmement, ils affirment que la personne raisonnable aurait compris qu’il était sous-entendu que ce n’étaient pas toutes les indications de cette nature

positions and interviews depends on factors outside the respondents' control, and that at any given time there may not be any relevant positions available.

[77] The respondents similarly claim that the Tribunal erred in concluding that the 90-day/good job representation was misleading because the Tribunal made no finding of fact that the typical PCMG client did not find a good job within 90 days, and because a reasonable person would have understood that, given that outcomes depend on third parties, not every client would achieve typical results.

[78] The appellant submits that the Tribunal's conclusions were reasonable and that the respondents' submissions in effect ask this Court to reweigh the evidence presented before the Tribunal.

[79] As stated above, these findings can only be overturned if the Tribunal committed a palpable and overriding error in its analysis. I do not believe it committed any such error. There was no need for the Tribunal to make preliminary findings of fact regarding the respondents' network of contacts or the success rate of a typical PCMG customer, nor do the respondents cite any legal authority to that effect. Indeed, it is implicit from the Tribunal's decision that the respondents represented that they had a network of contacts and that the typical client did not find a job within 90 days as represented. Therefore, the representations were misleading. The Tribunal was under no obligation to state a premise so obviously implied in its conclusion.

[80] The respondents' contention that the representations contained obvious and implicit limits is equally not indicative of a palpable and overriding error. Indeed, this submission amounts to little more than an attempt to re-argue the point about "future contingent events", which I have already rejected with respect to the

données par PCMG qui s'appliqueraient au cas de chaque client, que l'existence des postes et la possibilité d'entretiens d'embauche dépendaient de facteurs indépendants de la volonté des intimés et que, en tout temps, il pourrait arriver qu'il n'y ait aucun poste disponible pour tel client.

[77] De même, les intimés soutiennent que le Tribunal a commis une erreur en concluant que les indications sur les 90 jours et le bon emploi étaient trompeuses parce qu'il n'a pas formulé de conclusion de fait selon laquelle le client typique de PCMG n'avait pas trouvé un bon emploi dans un délai de 90 jours, et que la personne raisonnable aurait compris que, comme les résultats dépendaient de tiers, tous les clients n'obtiendraient pas nécessairement des résultats typiques.

[78] L'appelante soutient que les conclusions du Tribunal étaient raisonnables et que les intimés, par leurs observations, demandent en fait à notre Cour de réexaminer la preuve produite devant lui.

[79] Comme on l'a vu précédemment, ces conclusions du Tribunal ne peuvent être infirmées que s'il a commis une erreur manifeste et dominante dans son analyse. Or, je ne pense pas qu'il ait commis d'erreur de cette nature. Il n'incombait pas au Tribunal de formuler des conclusions de fait préalables sur le réseau de personnes-ressources des intimés ni sur le taux de réussite des clients typiques de PCMG, et les intimés ne citent aucun texte de jurisprudence ou de doctrine qui permettrait de le penser. En fait, il est sous-entendu dans la décision du Tribunal que les intimés avaient déclaré qu'ils disposaient d'un réseau de personnes-ressources et que le client typique n'avait pas trouvé un emploi dans les 90 jours, contrairement aux indications. Par conséquent, celles-ci étaient trompeuses. Le Tribunal n'était nullement tenu de formuler une prémisse si manifestement implicite dans sa conclusion.

[80] La prétention des intimés voulant que les indications comprenaient des limites évidentes et implicites ne permet pas non plus de conclure à une erreur manifeste et dominante. En fait, ce moyen n'est guère qu'une façon de resservir l'argument des [TRADUCTION] « événements futurs aléatoires », que j'ai déjà rejeté

construction of representations. Accordingly, I find that it was open to the Tribunal to conclude on the facts before it that the contacts representations and the 90-day/good job representations were materially misleading.

VIII. Disposition

[81] The decision of the Tribunal that the representations were not made “to the public” constitutes an error of law. There was no palpable and overriding error in the decision of the Tribunal that the representations were materially misleading. I would therefore allow this appeal with costs and set aside the decision of the Tribunal. Rendering the judgment that should have been rendered, I would grant with costs the appellant’s application under section 74.1 of the *Competition Act*.

[82] The appellant seeks a number of specific remedies. However, the Tribunal is better positioned to determine the appropriate remedies than this Court. I therefore agree with the appellant’s alternative submission that the matter be remitted to the Tribunal for the appropriate order which should be made under section 74.1 of the Act, in accordance with the findings of this Court.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

LAYDEN-STEVENSON J.A.: I agree.

à propos de l’interprétation des indications. En conséquence, j’estime qu’il était loisible au Tribunal de conclure des faits exposés devant lui que les indications sur les personnes-ressources et sur les 90 jours et le bon emploi étaient trompeuses sur un point important.

VIII. Dispositif

[81] La conclusion du Tribunal selon laquelle les indications en cause n’ont pas été données « au public » constitue une erreur de droit. Quant à sa conclusion selon laquelle les indications en cause étaient trompeuses sur un point important, elle n’est entachée d’aucune erreur manifeste ou dominante. En conséquence, j’accueillerais le présent appel avec dépens et annulerais la décision du Tribunal. Rendant le jugement qui aurait dû être rendu, j’accueillerais avec dépens la demande présentée par l’appelante sous le régime de l’article 74.1 de la *Loi sur la concurrence*.

[82] L’appelante demande plusieurs mesures de réparation bien définies. Cependant, le Tribunal est mieux placé que notre Cour pour déterminer les mesures de réparation qui conviennent. Je fais donc droit à la demande subsidiaire de l’appelante visant à faire renvoyer l’affaire au Tribunal pour qu’il prononce une ordonnance conformément à l’article 74.1 de la *Loi sur la concurrence* et aux conclusions de notre Cour.

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

LA JUGE LAYDEN-STEVENSON, J.C.A. : Je suis d’accord.