

A-415-13  
2015 FCA 100

A-415-13  
2015 CAF 100

**Imperial Manufacturing Group Inc. and Home Depot of Canada Inc. (*Appellants*)**

**Imperial Manufacturing Group Inc. et Home Depot of Canada Inc. (*appelantes*)**

v.

c.

**Decor Grates Incorporated (*Respondent*)**

**Decor Grates Incorporated (*intimée*)**

**INDEXED AS: DECOR GRATES INCORPORATED v. IMPERIAL MANUFACTURING GROUP INC.**

**RÉPERTORIÉ : DECOR GRATES INCORPORATED c. IMPERIAL MANUFACTURING GROUP INC.**

Federal Court of Appeal, Stratas, Webb and Scott J.J.A.—Toronto, September 11, 2014; Ottawa, April 20, 2015.

Cour d'appel fédérale, juges Stratas, Webb et Scott, J.C.A.—Toronto, 11 septembre 2014; Ottawa, 20 avril 2015.

*Judges and Courts — Standard of review — Discretionary interlocutory orders — Appeal from Federal Court order dismissing appellants' motion for particulars in action by respondent against appellants for infringement of certain industrial designs — Respondent granted registrations for two designs for floor heating grates under Industrial Design Act — Appellants seeking particulars of certain allegations in respondent's statement of claim — Claiming particulars relevant to certain defences to respondent's claim of infringement — On appeal, appellants submitting that Federal Court erring in law, improperly weighing relevant factors in matter — Asking Federal Court of Appeal to reweigh factors at issue, substitute discretion for that of Federal Court — Which line of authority on standard of review of discretionary interlocutory orders applying in present case — Line of authority on standard of review of discretionary interlocutory orders of Federal Court beginning with 1995 decision in David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc. — In 2002, Supreme Court of Canada decision in Housen v. Nikolaisen providing definitive word on standard of review in civil cases — Given Housen, continued existence of David Bull line of authority considered redundant — However, unlike Housen, David Bull line of authority not capturing "palpable and overriding error" concept — Thus, offering false hope that appellate courts interfering on basis of reweighings but Federal Court of Appeal never doing this — For reasons of simplicity, coherency, only standard of review articulated in Housen should be used when Federal Court of Appeal reviewing discretionary, interlocutory orders — Thus, in accordance with Housen, absent error on question of law or extricable legal principle, intervention warranted only in cases of palpable, overriding error — No such error herein — Appeal dismissed.*

*Juges et Tribunaux — Norme de contrôle judiciaire — Ordonnances interlocutoires discrétionnaires — Appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a rejeté la requête des appelantes en vue d'obtenir des précisions dans le cadre d'une poursuite intentée par l'intimée contre les appelantes pour contrefaçon de certains dessins industriels — L'intimée a obtenu l'enregistrement de deux dessins de grilles de chauffage de plancher en application de la Loi sur les dessins industriels — Les appelantes souhaitaient obtenir des précisions au sujet de certaines des allégations contenues dans la déclaration de l'intimée — Les appelantes ont fait valoir que les précisions demandées étaient pertinentes quant à certains moyens de défense visant à répondre aux allégations de contrefaçon de l'intimée — En appel, les appelantes ont affirmé que la Cour fédérale a commis une erreur de droit et qu'elle a mal apprécié les facteurs pertinents — Les appelantes ont demandé à la Cour d'appel fédérale d'apprécier de nouveau les facteurs en litige et substituer sa propre décision à celle de la Cour fédérale — Il s'agissait de savoir quelle jurisprudence sur la norme de contrôle des ordonnances interlocutoires discrétionnaires s'appliquait en l'espèce — La jurisprudence sur la norme de contrôle des ordonnances interlocutoires a commencé avec l'arrêt David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc. en 1995 — En 2002, la décision de la Cour suprême du Canada dans Housen c. Nikolaisen a tranché définitivement la question de la norme de contrôle en matière civile — Compte tenu de l'arrêt Housen, la jurisprudence issue de l'arrêt David Bull est devenue dans une certaine mesure redondante — Toutefois, la jurisprudence issue de l'arrêt David Bull n'englobe pas le concept d'« erreur manifeste et dominante », à la différence de l'arrêt Housen — Elle suscite le faux espoir que les tribunaux d'appel interviennent pour procéder à une nouvelle appréciation, mais ce*

*Industrial Design — In action brought by respondent against appellants for infringement of certain industrial designs, appellants moving for particulars but Federal Court dismissing appellant's motion — Federal Court denying request for particulars since finding appellants embarking on "fishing expedition" — Appellants appealing Federal Court's order — Whether Federal Court erring herein — Applicable standard of review that set out by Supreme Court of Canada in Housen v. Nikolaisen — Absent error on question of law or extricable legal principle, intervention warranted only in cases of palpable, overriding error — Regarding appellants' request for particulars, information appellants seeking relating to matters relevant to propriety of information sought on discovery; request suggesting appellants misapprehending purpose of particulars — Industrial Design Act, s. 7(3), dealing with registration certificates, creating rebuttable presumption not conclusive one — Provided party having some evidence conflicting with certificate of registration (i.e. "proof to the contrary" in s. 7(3)), party can rely on evidence in support of allegation in statement of defence that presumption rebutted to extent of conflict — If appellants not having any conflicting evidence, cannot plead having "proof to the contrary" — Doing so would be abuse of process — As to appellants' argument that Federal Court erring in finding that request for particulars constituting "fishing expedition", Federal Court not erring on any legal point, including on law relating to Act, s. 7(3) — Appellants not persuading Federal Court of Appeal that threshold of palpable, overriding error met — In present case, all of Federal Court's findings of mixed fact and law, of fact based on evidence — Federal Court not making any obvious error or error going to very core of outcome reached.*

*n'est jamais ce que la Cour d'appel fédérale doit faire — Par souci de cohérence et de simplicité, seule la formulation de la norme de contrôle figurant dans l'arrêt Housen devrait être utilisée lorsque la Cour d'appel fédérale est saisie d'une demande de contrôle d'une ordonnance interlocutoire discrétionnaire — Par conséquent, conformément à l'arrêt Housen, à défaut d'erreur sur une question de droit ou un principe juridique isolable, l'intervention de la Cour n'est justifiée que dans les cas d'erreurs manifestes et dominantes — Il n'y a pas eu une telle erreur en l'espèce — Appel rejeté.*

*Dessins industriels — Dans le cadre d'une poursuite intentée par l'intimée contre les appelantes pour contrefaçon de certains dessins industriels, la Cour fédérale a rejeté la requête des appelantes en vue d'obtenir des précisions — La Cour fédérale a rejeté la demande de précisions des appelantes ayant conclu que les appelantes s'étaient livrées à une « recherche à l'aveuglette » — Les appelantes ont interjeté appel de l'ordonnance de la Cour fédérale — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en l'espèce — La norme de contrôle applicable était celle établie par l'arrêt Housen c. Nikolaisen — À défaut d'erreur sur une question de droit ou un principe juridique isolable, l'intervention de la Cour n'est justifiée que dans les cas d'erreurs manifestes et dominantes — Quant à la demande de précisions des appelantes, les renseignements qu'elles sollicitaient avaient trait à des questions quant au bien-fondé d'une demande de renseignements dans le cadre d'une communication préalable; la demande laissait supposer que les appelantes méconnaissaient l'objet des précisions — L'art. 7(3) de la Loi sur les dessins industriels prévoit une présomption réfutable et non une présomption irréfutable — Dès lors qu'une partie dispose de certains éléments de preuve qui contredisent le certificat d'enregistrement (c.-à-d. une « preuve contraire » selon l'art. 7(3)), elle peut se fonder sur cette preuve à l'appui d'une allégation formulée dans sa défense pour affirmer que la présomption est réfutée dans la mesure de la contradiction — Si les appelants n'ont aucun autre élément de preuve contradictoire, ils ne peuvent affirmer avoir de « preuve contraire », au risque de commettre un abus de procédure — Quant à l'argument des appelantes selon lequel le juge de première instance a commis une erreur en concluant que leur demande de précisions constituait une « recherche à l'aveuglette », la Cour fédérale n'a commis aucune erreur sur une question juridique, y compris sur la règle de droit relative à l'art. 7(3) de la Loi — Les appelantes n'ont pas convaincu la Cour d'appel fédérale que le critère minimal de l'erreur manifeste et dominante a été satisfait — En l'espèce, toutes les conclusions mixtes de fait et de droit et les conclusions de fait tirées par la Cour fédérale étaient fondées sur la preuve — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur évidente touchant directement à l'issue de l'affaire.*

This was an appeal from a Federal Court order dismissing the appellants' motion for particulars in an action brought by the respondent against the appellants for infringement of certain industrial designs. The respondent was granted registrations for two designs for floor heating grates under the *Industrial Design Act*. The appellants were seeking particulars of certain allegations in the respondent's statement of claim relating, *inter alia*, to the store locations and outlets where the respondent's products are sold, to both of the respondent's industrial designs and to floor registers sold by the respondent to one of the appellant's during a specific period. The appellants claimed that the particulars were relevant to certain defences to the respondent's claim of infringement. While the Federal Court acknowledged that the two defences the appellants wanted to raise existed in law, it denied their request for particulars since it found that they had embarked on a "fishing expedition." The Federal Court also found that some of the particulars sought were not relevant or were known to the appellant Home Depot and could be shared with the appellant Imperial Manufacturing.

On appeal, the appellants submitted that the Federal Court erred in law and that it weighed the relevant factors in this matter improperly. It therefore asked, in particular, that the Federal Court of Appeal reweigh those factors and substitute its discretion for that of the Federal Court.

The issues were which line of authority on the standard of review of discretionary interlocutory orders applied in this case and whether the Federal Court erred in law.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The line of authority on the standard of review of discretionary interlocutory orders of the Federal Court began with the 1995 decision in *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, which the Federal Court of Appeal has applied as if it were a separate rule of law that stands apart from the more general standard of review set out by the Supreme Court in *Housen v. Nikolaisen* rendered in 2002. In that decision, it was held that the standard of review for questions of mixed fact and law is "palpable and overriding error" unless there is an extricable legal principle at issue. It had to be determined whether the *David Bull* line of authority or *Housen* applied in this case based on whether the matter was interlocutory and discretionary. Determining which line of authority applied caused several problems, which were examined and discussed. *Housen*, binding on all, provided the

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a rejeté la requête des appelantes en vue d'obtenir des précisions dans le cadre d'une poursuite intentée par l'intimée contre les appelantes pour contrefaçon de certains dessins industriels. L'intimée a obtenu l'enregistrement de deux dessins de grilles de chauffage de plancher en application de la *Loi sur les dessins industriels*. Les appelantes ont présenté une requête en vue d'obtenir des précisions au sujet de certaines des allégations contenues dans la déclaration de l'intimée, dont des précisions au sujet de l'emplacement des magasins et des points de vente où les produits de l'intimée sont vendus, des deux dessins industriels de l'intimée et des grilles de soufflage vendues par l'intimée à l'appelante durant une période précise. Les appelantes ont fait valoir que les précisions demandées étaient pertinentes quant à certains moyens de défense visant à répondre aux allégations de contrefaçon de l'intimée. Bien que la Cour fédérale ait reconnu que les deux moyens de défense que les appelantes voulaient faire valoir existaient effectivement en droit, elle a rejeté la demande de précisions en concluant que les appelantes s'étaient livrées à une « recherche à l'aveuglette ». La Cour fédérale a également conclu que certaines des précisions demandées n'étaient tout simplement pas pertinentes ou étaient déjà connues de l'appelante Home Depot, laquelle pouvait les communiquer à l'autre appelante, Imperial Manufacturing.

En appel, les appelantes ont affirmé que la Cour fédérale a commis une erreur de droit et qu'elle a mal apprécié les facteurs pertinents. Elles ont par conséquent demandé que la Cour d'appel fédérale apprécie de nouveau ces facteurs et substitue sa propre décision à celle de la Cour fédérale.

Il s'agissait de savoir quelle jurisprudence sur la norme de contrôle des ordonnances interlocutoires discrétionnaires s'appliquait en l'espèce et si la Cour fédérale a commis une erreur de droit.

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté.

La jurisprudence sur la norme de contrôle des ordonnances interlocutoires discrétionnaires de la Cour fédérale a commencé en 1995 avec l'arrêt *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, que la Cour d'appel fédérale a appliquée comme s'il s'agissait d'une règle de droit distincte de la jurisprudence plus générale relative à la norme de contrôle établie par la Cour suprême dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen* rendue en 2002. Dans cette décision, la Cour suprême a jugé que la norme de contrôle qui s'applique dans le cas des questions mixtes de fait et de droit est celle de l'« erreur manifeste et dominante », sauf lorsque la question implique un principe juridique facilement isolable. Il fallait déterminer si, en l'espèce, la jurisprudence issue de l'arrêt *David Bull* s'appliquait ou si l'arrêt *Housen* s'appliquait, selon que l'affaire plaidée était interlocutoire et discrétionnaire. Déterminer

definitive word on the standard of review in civil cases and today that standard remains the basis on which appellate courts can interfere with discretionary decisions. To some extent, given *Housen*, the continued existence of the *David Bull* line of authority was considered redundant. However, unlike *Housen*, the *David Bull* line of authority does not capture the “palpable and overriding error” concept and therefore offers the false hope that appellate courts will interfere on the basis of reweighings, something the Federal Court of Appeal never does. Moreover, no rationale supported the standard of review on discretionary matters or matters of mixed fact and law in the Federal Courts being different from the standard of review applied by other courts across Canada. In the interests of simplicity and coherency, all other jurisdictions apply *Housen* on all standard of review cases across the board and so should the Federal Court of Appeal. To eliminate the problems raised and for reasons of simplicity and coherency, only the standard of review articulated in *Housen* should be used when the Federal Court of Appeal reviews discretionary interlocutory orders. Thus, in accordance with *Housen*, absent error on a question of law or an extricable legal principle, intervention is warranted only in cases of palpable and overriding error.

As to the merits of the appeal, the appellants were seeking particulars, claiming that these would enable them to appreciate the facts on which the case is founded and better understand the respondent’s position. But the information the appellants sought related to matters that were relevant to the propriety of information sought on discovery, not whether particulars in a statement of claim should be granted because a party needs them in order to plead. Their request suggested that the appellants misapprehended the purpose of particulars, which are not supplied because they will make a pleading better or more forceful, but because without them they cannot plead in response to an important point. Subsection 7(3) of the Act, which deals with the certificate of registration of an industrial design, creates a rebuttable presumption not a conclusive one. Provided a party has some evidence that conflicts with the certificate (i.e. “proof to the contrary”), it can rely on that evidence in support of an allegation in its statement of defence that the presumption is rebutted to the extent of the conflict. If the appellants do not have any conflicting evidence at all, they cannot plead they have “proof to the contrary.” To do so would be an abuse of process.

quelle jurisprudence s’appliquait soulevait plusieurs problèmes, lesquels ont été examinés et discutés. Dans l’arrêt *Housen*, une décision de la Cour suprême qui lie tous les tribunaux, la Cour suprême a tranché définitivement la question de la norme de contrôle en matière civile et de nos jours, cette norme demeure celle sur laquelle les juridictions d’appel se fondent pour intervenir dans des décisions discrétionnaires. Compte tenu de l’arrêt *Housen*, la jurisprudence issue de l’arrêt *David Bull* est devenue dans une certaine mesure redondante. Toutefois, la jurisprudence issue de l’arrêt *David Bull* n’englobe pas le concept d’« erreur manifeste et dominante », à la différence de l’arrêt *Housen*, de sorte qu’elle suscite le faux espoir que les tribunaux d’appel interviennent pour procéder à une nouvelle appréciation, mais ce n’est jamais ce que la Cour d’appel fédérale doit faire. De plus, aucun raisonnement ne justifierait d’appliquer devant les Cours fédérales une norme de contrôle différente de celle qui est appliquée par les autres tribunaux canadiens dans le cas d’affaires discrétionnaires ou portant sur des questions mixtes de fait et de droit. Par souci de simplicité et de cohérence, les tribunaux de toutes les autres provinces appliquent systématiquement la norme établie dans l’arrêt *Housen* dans toutes les affaires portant sur l’application de la norme de contrôle et la Cour d’appel fédérale devrait en faire autant. Pour éliminer ces problèmes et par souci de cohérence et de simplicité, seule la formulation de la norme de contrôle figurant dans l’arrêt *Housen* devrait être utilisée lorsque la Cour d’appel fédérale est saisie d’une demande de contrôle d’une ordonnance interlocutoire discrétionnaire. Ainsi, conformément à l’arrêt *Housen*, à défaut d’erreur sur une question de droit ou un principe juridique isolable, l’intervention de la Cour n’est justifiée que dans les cas d’erreurs manifestes et dominantes.

Quant au bien-fondé de l’appel, les appelantes demandaient des précisions, faisant valoir que la communication de celles-ci leur permettrait de comprendre les faits sur lesquels repose l’affaire et de mieux comprendre la thèse de l’intimée. Mais les renseignements que les appelantes demandaient concernaient des questions qui étaient pertinentes quant au bien-fondé d’une demande de renseignements dans le cadre d’une communication préalable et non quant à la question de savoir s’il y a lieu d’ordonner la communication de précisions se rapportant à la déclaration parce qu’une partie en a besoin pour pouvoir plaider. Leur demande supposait que les appelantes méconnaissaient l’objet des précisions, lesquelles ne sont pas communiquées parce qu’elles rendront un acte de procédure meilleur ou plus convaincant. Elles sont communiquées parce que, sans elles, une partie ne peut plaider en réponse à une question importante. Le paragraphe 7(3) de la Loi, qui traite des certificats d’enregistrement des dessins industriels, prévoit une présomption réfutable et non une présomption irréfutable. Dès lors qu’une partie dispose de certains éléments de preuve qui contredisent le certificat (c.-à-d. une « preuve contraire »), elle peut se fonder sur cette preuve à

The appellants also submitted that the Federal Court erred in finding that their request for particulars was a “fishing expedition.” The Federal Court set out the law relating to the Act and subsection 7(3) in particular and did not err on any legal point. As a result, the Federal Court’s finding that the appellants were engaged in a “fishing expedition” was a question of mixed fact and law heavily suffused by facts. Therefore, in order to succeed on this point, the appellants had to persuade the Federal Court of Appeal that the Federal Court committed a palpable and overriding error, which is a high standard. In this case, the appellants did not persuade the Federal Court of Appeal that the threshold of palpable and overriding error was met. All of the Federal Court’s findings of mixed fact and law and findings of fact had a basis in the evidence and there was no error that was obvious and went to the very core of the outcome reached.

l’appui d’une allégation formulée dans sa défense pour affirmer que la présomption est réfutée dans la mesure de la contradiction. Toutefois, si les appelants n’ont aucun autre élément de preuve contradictoire, ils ne peuvent affirmer avoir de « preuve contraire », au risque de commettre un abus de procédure.

Les appelantes ont également affirmé que la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que leur demande de précisions constituait une « recherche à l’aveuglette ». La Cour fédérale a énoncé la règle de droit relative à la Loi et au paragraphe 7(3) de cette loi en particulier, et elle n’a commis aucune erreur sur une question juridique. Par conséquent, la conclusion de la Cour fédérale suivant laquelle les appelantes s’étaient livrées à une « recherche à l’aveuglette » était une question mixte de fait et de droit largement tributaire des faits. Par conséquent, pour obtenir gain de cause à cet égard, les appelantes devaient donc convaincre la Cour d’appel fédérale que la Cour fédérale a commis une erreur manifeste et dominante, qui est une norme exigeante. Dans la présente affaire, les appelantes n’ont pas convaincu la Cour d’appel fédérale que le critère minimal de l’erreur manifeste et dominante a été satisfait. Toutes les conclusions mixtes de fait et de droit ainsi que les conclusions de fait tirées par la Cour fédérale étaient fondées sur la preuve. Autrement dit, la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur évidente touchant directement à l’issue de l’affaire.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 3.  
*Industrial Design Act*, R.S.C., 1985, c. I-9, ss. 6(3)(b), 7(3), 12, 13.

#### CASES CITED

##### FOLLOWED:

*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

##### CONSIDERED:

*David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588, (1994), 58 C.P.R. (3d) 209 (C.A.); *Reliance Comfort Limited Partnership v. Commissioner of Competition*, 2013 FCA 129; *Apotex Inc. v. Canada (Governor in Council)*, 2007 FCA 374, 76 Admin. L.R. (4th) 20; *Penner v. Niagara (Regional Police Services Board)*, 2013 SCC 7, [2013] 2 S.C.R. 125; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *Nabisco Brands Ltd. v. Procter & Gamble Co. et al.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 417, 62 N.R. 364 (F.C.A.); *Canada v. South Yukon Forest Corporation*, 2012 FCA 165, 4 B.L.R. (5th) 31.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur les dessins industriels*, L.R.C. (1985), ch. I-9, art. 6(3)b), 7(3), 12, 13.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 3.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION SUIVIE :

*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.); *Reliance Comfort Limited Partnership c. Commissaire de la concurrence*, 2013 CAF 129; *Apotex Inc. c. Canada (Gouverneur en Conseil)*, 2007 CAF 374; *Penner c. Niagara (Commission régionale de services policiers)*, 2013 CSC 19, [2013] 2 R.C.S. 125; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *Nabisco Brands Ltée c. Procter & Gamble Co. et al.*, [1985] A.C.F. n° 517 (C.A.F.); *Canada c. South Yukon Forest Corporation*, 2012 CAF 165.

## REFERRED TO:

*H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *Ontario Federation of Anglers and Hunters v. Alderville Indian Band*, 2014 FCA 145, 461 N.R. 327; *Elders Grain Co. v. Ralph Misener (The)*, 2005 FCA 139, [2005] 3 F.C.R. 367; *Peguis First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 7, 67 Admin. L.R. (5th) 64; *Sandoz Canada Inc. v. Abbott Laboratories*, 2014 FCA 168, 65 Admin. L.R. (5th) 64; *Apotex Inc. v. Bristol-Myers Squibb Company*, 2011 FCA 34, 91 C.P.R. (4th) 307; *Merchant Law Group v. Canada Revenue Agency*, 2010 FCA 184, 321 D.L.R. (4th) 301; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557; *Waxman v. Waxman* (2004), 186 O.A.C. 201, 44 B.L.R. (3d) 165.

APPEAL from a Federal Court order (2013 FC 1189) dismissing the appellants' motion for particulars in an action brought by the respondent against the appellants for infringement of certain industrial designs. Appeal dismissed.

## APPEARANCES

*Pierre Robichaud* and *Alessandro Colonnier* for appellants.  
*R. Aaron Rubinoff* and *John Siwiec* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Andrews Robichaud*, Ottawa, for appellants.  
*Perley-Robertson, Hill & McDougall LLP/s.r.l.*, Ottawa, for respondent.

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

[1] STRATAS J.A.: The appellants appeal from the order dated November 26, 2013 of the Federal Court (*per* Justice Gleason): 2013 FC 1189.

[2] In the Federal Court, the appellants moved for particulars of certain allegations in the respondent's statement of claim. The Federal Court dismissed the motion. The appellants, Imperial Manufacturing and Home Depot, appeal from the dismissal.

## DÉCISIONS CITÉES :

*H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *Ontario Federation of Anglers and Hunters c. Bande indienne d'Alderville*, 2014 CAF 145; *Elders Grain Co. c. Ralph Misener (Le)*, 2005 CAF 139, [2005] 3 R.C.F. 367; *Première nation de Peguis c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 7; *Sandoz Canada Inc. c. Abbott Laboratories*, 2014 CAF 168; *Apotex Inc. c. Bristol-Myers Squibb Company*, 2011 CAF 34; *Merchant Law Group c. Canada Agence du revenu*, 2010 CAF 184; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557; *Waxman v. Waxman* (2004), 186 O.A.C. 201, 44 B.L.R. (3d) 165.

APPEL interjeté à l'encontre d'une ordonnance de la Cour fédérale (2013 CF 1189) qui a rejeté la requête des appelantes en vue d'obtenir des précisions dans le cadre d'une poursuite intentée par l'intimée contre les appelantes pour contrefaçon de certains dessins industriels. Appel rejeté.

## ONT COMPARU

*Pierre Robichaud* et *Alessandro Colonnier* pour les appelantes.  
*R. Aaron Rubinoff* et *John Siwiec* pour l'intimée.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Andrews Robichaud*, Ottawa, pour les appelantes.  
*Perley-Robertson, Hill & McDougall LLP/s.r.l.*, Ottawa, pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Les appelantes interjetent appel d'une ordonnance rendue le 26 novembre 2013 par la juge Gleason de la Cour fédérale (2013 CF 1189).

[2] Devant la Cour fédérale, les appelantes ont présenté une requête en vue d'obtenir des précisions au sujet de certaines des allégations contenues dans la déclaration de l'intimée. La Cour fédérale a rejeté cette requête. Les appelantes, Imperial Manufacturing et Home Depot, interjetent appel de cette décision.

[3] For the reasons set out below, I would dismiss the appeal with costs.

#### A. Basic Facts

[4] In this case, the respondent, Decor Grates Incorporated, has sued the appellants for infringement of certain industrial designs. It was granted registrations for two designs for floor heating grates under the *Industrial Design Act*, R.S.C., 1985, c. I-9.

[5] In the Federal Court, the appellants moved for an order for particulars. Discussions ensued and the discussions helped to narrow the parties' dispute.

[6] When the matter came before the Federal Court, the particulars sought fell into three categories:

- Particulars as to the store locations and outlets where the products of Decor Grates are sold, as well as the scope and nature of its products, and the duration it has been selling its products (for paragraph 2 of the statement of claim);
- Particulars regarding both industrial designs, including how and when each design was created and finalized, the names and addresses of those who created the designs, their relationship with Decor Grates and copies of any agreements or assignments (for paragraph 6 of the statement of claim);
- Particulars of all floor registers sold by Decor Grates to the appellant, Home Depot, from the late 1990's to January 2013 (for paragraph 10 of the statement of claim).

[7] The Federal Court set out the principles that govern the granting of particulars (at paragraph 3):

The rules applicable to requests for particulars and pleadings are well-established and require a party to plead with

[3] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

#### A. Faits essentiels

[4] Dans la présente affaire, l'intimée, Decor Grates Incorporated, a poursuivi les appelantes pour contrefaçon de certains dessins industriels. Elle a obtenu l'enregistrement de deux dessins de grilles de chauffage de plancher en application de la *Loi sur les dessins industriels*, L.R.C. (1985), ch. I-9.

[5] Les appelantes ont présenté à la Cour fédérale une requête en précisions. Les discussions qui s'en sont ensuivies ont permis de circonscrire le différend opposant les parties.

[6] Les précisions demandées devant la Cour fédérale entraient dans trois catégories :

- des précisions au sujet de l'emplacement des magasins et des points de vente où les produits de Decor Grates sont vendus, et au sujet de l'étendue et la nature des produits visés et de la période depuis laquelle Decor Grates vend ses produits (en rapport avec le paragraphe 2 de la déclaration);
- des précisions concernant les deux dessins industriels, notamment la manière dont chaque dessin a été créé et parachevé et les dates auxquelles cela a été fait, le nom et l'adresse des créateurs des dessins, leurs rapports avec Decor Grates, et l'existence de copies de toute entente ou de toute cession (en rapport avec le paragraphe 6 de la déclaration);
- des précisions concernant toutes les grilles de soufflage vendues par Decor Grates à l'appelante Home Depot entre la fin des années 1990 et janvier 2013 (en rapport avec le paragraphe 10 de la déclaration).

[7] La Cour fédérale a énoncé les principes régissant la communication des précisions (au paragraphe 3) :

Les principes applicables aux demandes de précisions et aux actes de procédure sont bien connus : les actes de procédure

sufficient particularity to set out the basis for its claim or defence so as to inform the other party of the case it has to meet, allow it to prepare its responding pleading, avoid surprise and appropriately limit and shape the scope of discovery and evidence at trial (see e.g. *Gulf Canada Ltd v Mary Macklin*, [1984] 1 FC 884 (QL) (FCA)). As the plaintiff correctly notes, the scope of permissible requests for particulars is narrower at the pleading stage than later on in the litigation or during discovery (see e.g. *Quality Goods IMD Inc v RSM International Active Wear Inc* (1995), 63 CPR (3d) 499 (FCTD) (*Quality Goods*) at para 2). Moreover, a party is not entitled to request particulars of information within its knowledge unless the pleading is otherwise faulty through its failure to plead a necessary material fact, and a request for particulars equivalent to a fishing expedition, to determine if there is a factual basis for a potential defence, is not appropriate (see e.g. *Quality Goods* at paras 2-3; *Windsurfing International Inc v Novaction Sports Inc* (1987), 18 CPR (3d) 230 (FCTD) (*Windsurfing*) at para 17; *Embee Electronics Agencies Ltd v Agence Sherwood Agencies Inc* (1979), 43 CPR (2d) 285 (FCTD) (*Embee*) at para 3).

[8] I see no error in the Federal Court’s summary of the relevant principles, though later I shall offer some further guidance on the relevant principles.

[9] In the Federal Court, the appellants submitted, as they submit in this Court, that the particulars are relevant to certain defences to Decor Grates’ claim of infringement. The appellants would like to advance two defences:

- The appellants query whether Decor Grates is a “proprietor” under the *Industrial Design Act*, R.S.C., 1985, c. I-9. Under that Act, registrations may be granted only to “proprietors” of industrial designs. Section 12 of the Act states that the “author of a design is the first proprietor of the design, unless the author has executed the design for another person for . . . consideration, in which case the other person is the first proprietor.” Section 13 of the Act provides for transmission of proprietorship through assignment, which must be registered with what was known as the Office of the Commissioner

présentés par les parties doivent contenir suffisamment de détails pour exposer le fondement de la déclaration ou de la défense de manière à ce que la partie adverse puisse savoir quels arguments elle devra réfuter, pour qu’elle soit en mesure de préparer sa réponse, pour éviter les surprises et pour circonscrire et encadrer de façon appropriée la communication préalable et la présentation de la preuve au procès (voir, par exemple l’arrêt *Gulf Canada Ltd c Le remorqueur Mary Macklin*, [1984] 1 CF 884 (QL) (CAF)). Ainsi que la demanderesse le fait observer à juste titre, la portée des demandes de précisions autorisées est plus limitée à l’étape du dépôt des actes de procédure qu’à celui du procès ou de l’enquête préalable (voir, par exemple la décision *Quality Goods IMD Inc c RSM International Active Wear Inc (Quality Goods)* (1995), 63 CPR (3d) 499 (CF 1<sup>re</sup> inst.) au paragraphe 2). De plus, une partie n’a pas le droit de demander de précisions sur des renseignements qu’elle connaît déjà, à moins que l’acte de procédure soit par ailleurs vicié du fait qu’il omet un fait important nécessaire, et une demande de précisions équivalant à une recherche à l’aveuglette qui vise à déterminer s’il existe un fondement factuel permettant de présenter une éventuelle défense n’est pas acceptable (voir, par exemple, *Quality Goods*, aux paragraphes 2 et 3; *Windsurfing International Inc c Novaction Sports Inc*, (1987), 18 CPR (3d) 230 (CF 1<sup>re</sup> inst.) (*Windsurfing*), au paragraphe 17; *Embee Electronics Agencies Ltd c Agence Sherwood Agencies Inc* (1979), 43 CPR (2d) 285 (CF 1<sup>re</sup> inst.) (*Embee*), au paragraphe 3).

[8] Je ne décèle aucune erreur dans le résumé que la Cour fédérale a fait des principes applicables, mais je vais donner plus loin d’autres indications à ce sujet.

[9] Devant la Cour fédérale, tout comme devant notre Cour, les appelantes ont fait valoir que les précisions demandées sont pertinentes quant à certains moyens de défense visant à répondre aux allégations de contrefaçon de Decor Grates. Les appelantes souhaitent faire valoir les deux moyens de défense suivants :

- Les appelantes se demandent si Decor Grates est une « propriétaire » au sens de la *Loi sur les dessins industriels*, L.R.C. (1985), ch. I-9. Aux termes de cette loi, l’enregistrement ne peut être accordé qu’aux « propriétaires » des dessins industriels. L’article 12 de la Loi prévoit que « [l]’auteur d’un dessin en est le premier propriétaire, à moins que, pour contrepartie à titre onéreux, il ne l’ait exécuté pour une autre personne, auquel cas celle-ci en est le premier propriétaire ». L’article 13 de la Loi permet la transmission de la propriété par voie de cession, laquelle doit être enregistrée auprès de ce

of Patents (now the Canadian Intellectual Property Office).

- The appellants query whether they have a defence under paragraph 6(3)(b) of the Act. That paragraph provides that the Minister shall refuse to issue a registration if the application for registration is filed more than one year after the design is published anywhere. The appellants wish to investigate whether this may have happened, triggering the paragraph 6(3)(b) defence.

[10] The Federal Court acknowledged that the two defences do exist in law and can potentially arise in a case such as this. However, it denied the request for particulars, finding that the appellants had embarked upon a “fishing expedition” (at paragraph 8):

The [appellants] argue[d] that they are entitled to the requested particulars as they concern potential defences, and, therefore, are material facts. With respect, I disagree and instead believe that the requests constitute an impermissible “fishing expedition” to discover whether there might be a defence open to the defendants, which is not the subject of a proper request for particulars. As Justice Marceau noted in *Embee* [*Embee Electronics Agencies Ltd. v. Agence Sherwood Agencies Inc.* (1979), 43 C.P.R. (2d) 285 (F.C.T.D.)] at para 3, a defendant should not be allowed to use a request for particulars “as a means to go on a fishing expedition in order to discover some grounds of defence still unknown to him”. That is precisely what the defendants seek to do here with respect to the facts outside their knowledge; they seek the particulars to determine if grounds for the two potential defences exist.

[11] Later, the Federal Court added that the particulars were simply not relevant (at paragraph 10):

Here, on the other hand, the requested particulars are not an essential element of the plaintiff’s claim as under [sub]sections 7(3) and 9 of the [*Industrial Design Act*] the fact of registration is all that the plaintiff must establish to prove its entitlement

qui était alors connu sous le nom de bureau du commissaire aux brevets (maintenant l’Office de la propriété intellectuelle du Canada).

- Les appelantes se demandent si elles peuvent invoquer un moyen de défense fondé sur l’alinéa 6(3)b) de la Loi. Cet alinéa prévoit que le ministre refuse d’enregistrer un dessin si la demande d’enregistrement est déposée plus d’un an après sa publication au Canada. Les appelantes souhaitent vérifier si c’est le cas en l’espèce et si elles peuvent ainsi invoquer le moyen de défense prévu à l’alinéa 6(3)b).

[10] La Cour fédérale a reconnu que les deux moyens de défense en question existent effectivement en droit et qu’il peut y avoir ouverture à ces moyens de défense dans un cas comme celui-ci. Elle a toutefois rejeté la demande de précisions en concluant que les appelantes s’étaient livrées à une « recherche à l’aveuglette » (au paragraphe 8) :

Les [appelantes] soutiennent qu’elles ont droit aux précisions sollicitées étant donné que celles-ci concernent des moyens de défense éventuels et qu’elles constituent donc des faits importants. En toute déférence, je ne suis pas de leur avis et je crois plutôt que les demandes équivalent à une « recherche à l’aveuglette » non permise visant à découvrir si les défenderesses pourraient disposer d’un moyen de défense, ce qui ne peut faire l’objet d’une demande de précisions régulière. Comme le juge Marceau l’a relevé au paragraphe 3 de la décision *Embee* [*Embee Electronics Agencies Ltd. c. Agence Sherwood Agencies Inc.* (1979), 43 C.P.R. (2d) 285 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)], il ne devrait pas être permis à un défendeur d’utiliser une demande de précisions pour [TRADUCTION] « faire une recherche à l’aveuglette afin de découvrir des moyens de défense qu’il ignore encore ». Or, c’est précisément ce que les défenderesses cherchent à faire en l’espèce en ce qui concerne les faits qu’elles ne connaissent pas; elles sollicitent des précisions pour savoir s’il y a ouverture aux deux moyens de défense en question.

[11] Plus loin, la Cour fédérale a ajouté que les précisions demandées n’étaient tout simplement pas pertinentes (au paragraphe 10) :

En l’espèce, par contre, les précisions sollicitées ne constituent pas un élément essentiel de la demande formulée par la demanderesse, car en vertu du paragraphe 7(3) et de l’article 9 de la [*Loi sur les dessins industriels*], l’enregistrement est le seul

to the exclusive right to use the registered designs. The information the defendants seek concerns potential defences and is not a requisite element of the plaintiff's claim.

[12] In refusing the particulars, the Federal Court also relied on the fact that some of the particulars sought were known to the appellant, Home Depot, and could be shared with the appellant, Imperial Manufacturing. It noted the law to the effect that a party cannot seek particulars when the information underlying those particulars lies within its own knowledge. The Federal Court added that the particulars sought went far beyond what was necessary to trigger the defences and included [at paragraph 11] “many extraneous elements that would be time consuming to locate.”

[13] The appellants appeal to this Court on all issues.

## B. Analysis

### (1) Standard of Review

[14] In this Court, the parties agree that deference is to be accorded to the Federal Court's decision unless the Federal Court proceeded “on a wrong principle, gave insufficient weight to relevant factors, misapprehended the facts or where an obvious injustice would result”: *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (C.A.), at page 594; *Reliance Comfort Limited Partnership v. Commissioner of Competition*, 2013 FCA 129, at paragraphs 3–4; *Apotex Inc. v. Canada (Governor in Council)*, 2007 FCA 374, 76 Admin L.R. (4th) 20, at paragraph 15. The parties say that this is the standard of review to be applied in appeals from discretionary orders of the Federal Court in interlocutory matters.

[15] In their memorandum of fact and law, the appellants take this one step further, suggesting, on the basis

élément que la demanderesse doit établir pour prouver son droit exclusif à l'utilisation des dessins enregistrés. Les renseignements que les défenderesses sollicitent concernent des moyens de défense éventuels et ne constituent pas un élément essentiel de la demande de la demanderesse.

[12] En refusant la communication des précisions demandées, la Cour fédérale s'est également fondée sur le fait que certaines de ces précisions étaient déjà connues de l'appelante Home Depot, laquelle pouvait les communiquer à l'autre appelante, Imperial Manufacturing. La Cour fédérale a rappelé les règles de droit suivant lesquelles une partie ne peut solliciter des précisions lorsqu'elle connaît déjà les renseignements sous-jacents aux précisions en question. La Cour fédérale a ajouté que les précisions demandées en l'espèce débordaient largement le cadre de ce qui était nécessaire pour donner ouverture aux moyens de défense et qu'elles comprenaient [au paragraphe 11] « de nombreux éléments étrangers dont la découverte nécessiterait beaucoup de temps ».

[13] Les appelantes interjettent appel devant notre Cour relativement à toutes les questions en litige.

## B. Analyse

### 1) Norme de contrôle

[14] Devant notre Cour, les parties s'entendent pour dire qu'il convient de faire preuve de retenue envers la décision de la Cour fédérale, sauf si celle-ci a appliqué un principe erroné, n'a pas donné suffisamment d'importance à des facteurs pertinents, a mal apprécié les faits ou encore si une injustice évidente serait autrement causée (*David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.), à la page 594; *Reliance Comfort Limited Partnership c. Commissaire de la concurrence*, 2013 CAF 129, aux paragraphes 3 et 4; *Apotex Inc. c. Canada (Gouverneur en Conseil)*, 2007 CAF 374, au paragraphe 15). Les parties affirment qu'il s'agit de la norme de contrôle à appliquer aux appels d'ordonnances discrétionnaires rendues par la Cour fédérale sur des questions interlocutoires.

[15] Dans leur mémoire des faits et du droit, les appelantes poussent ce raisonnement un cran plus loin en

of *Apotex*, above, at paragraph 15, that if the Federal Court “has given insufficient weight to relevant factors”, this Court can “substitute the [Federal Court’s] discretion for its own”.

[16] As will be seen below, the appellants do submit that the Federal Court erred in law. But, relying upon the cases, above, they also submit that the Federal Court weighed the relevant factors improperly and so this Court should reweigh those factors and substitute its discretion for that of the Federal Court.

[17] The appellants’ submission that the improper weighing of matters entitles this Court to intervene requires closer examination.

[18] Discretionary orders, such as the one in issue in this case, are the result of applying law to the facts of particular cases—in other words, they are questions of mixed fact and law.

[19] In a ruling binding upon us, the Supreme Court has held that the standard of review for questions of mixed fact and law is “palpable and overriding error” unless there is an extricable legal principle at issue: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. If there is no extricable legal principle or error of law, the standard of review is “palpable and overriding error”: *Housen*; see also *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401.

[20] The line of authority on the standard of review of discretionary interlocutory orders of the Federal Court, cited in paragraph 14, above, began with the *David Bull* decision in 1995. This Court has applied this line of authority—I shall call it the *David Bull* line of authority—as if it were a separate rule of law that stands apart from the more general standard of review jurisprudence from the Supreme Court in *Housen*.

soutenant, sur le fondement de l’arrêt *Apotex*, précité, au paragraphe 15, que si la Cour fédérale [TRADUCTION] « n’a pas donné suffisamment d’importance à des facteurs pertinents », notre Cour peut [TRADUCTION] « substituer sa propre décision à celle de la [Cour fédérale] ».

[16] Comme nous le verrons plus loin, les appelantes affirment effectivement que la Cour fédérale a commis une erreur de droit. Mais, se fondant sur la jurisprudence précitée, elles soutiennent également que la Cour fédérale a mal apprécié les facteurs pertinents, de sorte que notre Cour devrait apprécier de nouveau ces facteurs et substituer sa propre décision à celle de la Cour fédérale.

[17] L’argument des appelantes suivant lequel l’appréciation inadéquate des faits autorise notre Cour à intervenir exige un examen plus attentif.

[18] Les ordonnances discrétionnaires, comme celle qui nous occupe dans la présente affaire, sont le fruit de l’application du droit aux faits de l’espèce; en d’autres termes, il s’agit de questions mixtes de fait et de droit.

[19] Dans un arrêt par lequel nous sommes liés, la Cour suprême a jugé que la norme de contrôle qui s’applique dans le cas des questions mixtes de fait et de droit est celle de l’« erreur manifeste et dominante », sauf lorsque la question implique un principe juridique facilement isolable (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235). S’il n’y a pas de principe juridique isolable ou d’erreur de droit, la norme de contrôle applicable est celle de l’« erreur manifeste et dominante » (*Housen*; voir également *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401).

[20] La jurisprudence sur la norme de contrôle des ordonnances interlocutoires discrétionnaires de la Cour fédérale mentionnée au paragraphe 14 des présents motifs a commencé en 1995 avec l’arrêt *David Bull*. Notre Cour a appliqué cette jurisprudence — que j’appellerai désormais la jurisprudence issue de l’arrêt *David Bull* — comme s’il s’agissait d’une règle de droit distincte de la jurisprudence plus générale relative à la norme de contrôle établie par la Cour suprême dans l’arrêt *Housen*.

[21] Despite *Housen*, the *David Bull* line of authority on the standard of review persists. As a result, counsel coming to this Court have to consider whether the matter they are litigating is interlocutory and discretionary. If so, the *David Bull* line of authority applies; if not, *Housen* applies. This raises problems.

[22] First, there is the problem of *stare decisis*. *Housen* is a decision of the Supreme Court, binding on all. In those cases, the Supreme Court provided the definitive word on the standard of review in civil cases. It did not make informal comments of the sort we might be tempted to distinguish. Rather, it analyzed the matter thoroughly—examining precedent, doctrine and legal policy—and it pronounced clearly and broadly on the matter, without any qualifications or reservations. For example, it did not carve out any special exceptions based on whether the matter being appealed is interlocutory or final, or whether discretionary orders are somehow different from issues of mixed fact and law, or whether the matter is a motion, or a particular type of motion, or something else. So the *David Bull* line of authority seems to persist these days as a bit of an anomaly.

[23] With one exception, the Supreme Court has applied the *Housen* standard of review in all civil cases before it. In the one exception, the Supreme Court suggested in a single isolated sentence that, among other things, an appellate court could interfere where the lower court “gives no or insufficient weight to relevant considerations”: *Penner v. Niagara (Regional Police Services Board)*, 2013 SCC 19, [2013] 2 S.C.R. 125, at paragraph 27. However, less than a year later, the Supreme Court dropped “no or insufficient weight to relevant considerations” as a ground to interfere. It reaffirmed that discretionary decisions should be disturbed only if the court “misdirected [it]self” or “came to a decision that is so clearly wrong that it resulted in an injustice”: *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1

[21] Malgré l’arrêt *Housen*, la jurisprudence issue de l’arrêt *David Bull* sur la norme de contrôle applicable s’applique toujours. Par conséquent, les avocats qui se présentent devant notre Cour doivent se demander si l’affaire qu’ils plaident est interlocutoire et discrétionnaire. Dans l’affirmative, la jurisprudence issue de l’arrêt *David Bull* s’applique; dans la négative, c’est l’arrêt *Housen* qui s’applique, ce qui n’est pas sans soulever certains problèmes.

[22] Premièrement, il y a le problème du principe de l’autorité de la chose jugée. L’arrêt *Housen* est une décision de la Cour suprême qui nous lie tous. La Cour suprême a tranché définitivement la question de la norme de contrôle en matière civile. Elle n’a pas formulé d’observations informelles à l’égard desquelles nous pourrions être tentés d’établir des distinctions. Elle a plutôt analysé la question à fond en examinant les précédents, la doctrine et les principes de droit, et elle s’est prononcée de façon claire et nette sur la question sans conditions ni réserves. Par exemple, elle n’a pas prévu d’exceptions spéciales selon que l’affaire faisant l’objet de l’appel est interlocutoire ou définitive, quant à la question de savoir si les ordonnances discrétionnaires sont différentes des questions mixtes de fait et de droit, s’il s’agit d’une requête ou d’un type particulier de requête, ou au regard de toute autre question. La jurisprudence issue de l’arrêt *David Bull* semble donc avoir survécu jusqu’à maintenant en quelque sorte comme une anomalie.

[23] À une exception près, la Cour suprême a appliqué la norme de contrôle établie dans l’arrêt *Housen* dans toutes les affaires civiles dont elle était saisie. Dans cette affaire faisant exception, la Cour suprême a indiqué, dans une unique phrase isolable, qu’une cour d’appel pouvait notamment intervenir lorsque la juridiction inférieure « n’accorde pas suffisamment d’importance aux considérations pertinentes ou ne leur en accorde pas du tout » (*Penner c. Niagara (Commission régionale de services policiers)*, 2013 CSC 19, [2013] 2 R.C.S. 125, au paragraphe 27). Toutefois, moins d’une année plus tard, la Cour suprême a laissé tomber ce critère comme motif d’intervention et réaffirmé qu’il n’y avait pas lieu de modifier une décision discrétionnaire, « à moins que le juge ne se soit fondé sur des considérations erronées

S.C.R. 87, at paragraph 83. Misdirection means instructing oneself improperly on the law, in other words an error of law. And a decision that is so clearly wrong that it resulted in an injustice is another way of saying that there has been an obvious error that affects the outcome of the case—in other words, palpable and overriding error. *Hryniak* expresses the *Housen* standard. Today, the *Housen* standard remains the basis upon which appellate courts can interfere with discretionary decisions.

[24] The second problem with the *David Bull* line of authority is the practical difficulty it can cause when litigants try to apply it. While discretionary orders are not usually hard to spot, in some cases it can be unclear whether a particular order is interlocutory or final: see, e.g., *Ontario Federation of Anglers and Hunters v. Alderville Indian Band*, 204 FCA 145, 461 N.R. 327.

[25] Third, to some extent, now that we have *Housen*, the continued existence of the *David Bull* line of authority is redundant. The *David Bull* line of authority suggests that this Court should interfere where the first instance court has proceeded on a wrong principle. But that is just a different way of saying, to use the language in *Housen*, that there has been an error on an extricable point of law. As for the giving of insufficient weight to relevant factors, misapprehending the facts or causing an obvious injustice, if severe enough, these can qualify under *Housen* as a “palpable and overriding error”. So I do not take the *David Bull* line of authority, properly interpreted and applied, to be saying anything much different from *Housen*: and for a similar observation made in substance by this Court, see *Elders Grain Co. v. Ralph Misener (The)*, 2005 FCA 139, [2005] 3 F.C. 367, at paragraphs 6–13. As a matter of language, though, the *David Bull* line of authority, unlike *Housen*, does not capture the “palpable and overriding error” concept and, as a result, offers the false hope that appellate courts will interfere on the basis of reweighings.

ou que sa décision soit erronée au point de créer une injustice » (*Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, au paragraphe 83). Par « se fonder sur des considérations erronées », il faut que la Cour n’ait pas tenu compte du droit applicable ou, en d’autres termes, ait commis une erreur de droit. Et en disant qu’une décision est erronée au point de créer une injustice, on veut dire qu’une erreur flagrante ayant une incidence sur le résultat de l’affaire a été commise — autrement dit qu’une erreur manifeste et dominante a été commise. L’arrêt *Hryniak* reprend la norme de l’arrêt *Housen*. De nos jours, la norme formulée dans l’arrêt *Housen* demeure celle sur laquelle les juridictions d’appel se fondent pour intervenir dans des décisions discrétionnaires.

[24] Le second problème que soulève la jurisprudence issue de l’arrêt *David Bull* est la difficulté pratique qu’elle peut présenter lorsque les plaideurs tentent de l’appliquer. Bien que les ordonnances discrétionnaires ne soient habituellement pas difficiles à déceler, dans certains cas, il peut être difficile de savoir si l’ordonnance en cause est interlocutoire ou définitive (voir, par ex. *Ontario Federation of Anglers and Hunters c. Bande indienne d’Alderville*, 2014 CAF 145).

[25] Troisièmement, depuis le prononcé de l’arrêt *Housen*, la jurisprudence issue de l’arrêt *David Bull* est devenue dans une certaine mesure redondante. Aux termes de celle-ci, notre Cour devrait intervenir lorsque le tribunal de première instance n’a pas appliqué le bon principe, mais ce n’est qu’une autre façon de dire, pour reprendre le libellé de l’arrêt *Housen*, que le tribunal de première instance a commis une erreur sur une question de droit isolable. Pour ce qui est de l’erreur consistant à ne pas accorder suffisamment d’importance à des facteurs pertinents, à avoir mal apprécié les faits ou à avoir causé une injustice évidente, si l’erreur est suffisamment grave, elle peut être qualifiée d’« erreur manifeste et dominante » au sens de l’arrêt *Housen*. Je ne crois donc pas que la jurisprudence issue de l’arrêt *David Bull*, correctement interprétée et appliquée, dise quelque chose de vraiment différent de l’arrêt *Housen* (pour une observation semblable formulée essentiellement par notre Cour, voir *Elders Grain Co. c. Ralph Misener (Le)*, 2005 CAF 139, [2005] 3 C.F. 367, aux paragraphes 6 à 13). Toutefois, du point de vue linguistique, la

[26] This takes me to the fourth problem with the *David Bull* line of authority. It poses a trap for the unwary. Read literally, it allows this Court to interfere where the Federal Court has given “insufficient weight to relevant factors”. This sounds like an invitation to this Court to reweigh the evidence before the Federal Court and substitute our own opinion for it. Many counsel appearing in our Court construe it as such, asking us on appeal to do just that. As we shall see, that is what the appellants are asking us to do here. But, plainly, this is not what we ever do: see, e.g., *Peguis First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 7, 65 Admin. L.R. (5th) 64; *Sandoz Canada Inc. v. Abbott Laboratories*, 2010 FCA 168, 85 C.P.R. (4th) 279 (where, despite citing the *David Bull* line of authority, this Court applied the *Housen* standard of “palpable and overriding error”).

[27] Fifth, there is no rationale that would support the standard of review on discretionary matters or matters of mixed fact and law in the Federal Courts being different from the standard of review applied by other courts across Canada. No other court in Canada uses a formulation of the standard of review similar to that set out in the *David Bull* line of authority. In the interests of simplicity and coherency, all other jurisdictions apply *Housen* on all standard of review cases across the board. And so should we: see also *Apotex Inc. v. Bristol-Myers Squibb Company*, 2011 FCA 34, 91 C.P.R. (4th) 307, at paragraph 9.

[28] Sixth, the provenance of the *David Bull* formulation of the standard of review calls it into question. *David Bull* simply asserts it, without any explanation in law or legal policy. The only authority it relies upon is

jurisprudence issue de l’arrêt *David Bull* n’englobe pas le concept d’« erreur manifeste et dominante », à la différence de l’arrêt *Housen*, de sorte qu’elle suscite le faux espoir que les tribunaux d’appel interviennent pour procéder à une nouvelle appréciation.

[26] Cela m’amène au quatrième problème que présente la jurisprudence issue de l’arrêt *David Bull*. Elle tend un piège aux imprudents. En effet, si on la prend au pied de la lettre, elle permet à notre Cour d’intervenir lorsque la Cour fédérale n’a pas donné suffisamment d’importance à des facteurs pertinents. On peut y voir une invitation faite à notre Cour d’apprécier à nouveau la preuve dont disposait la Cour fédérale et de substituer son opinion à celle de la Cour fédérale. C’est ainsi que l’interprètent de nombreux avocats qui comparaissent devant notre Cour et qui nous demandent d’intervenir de la sorte. Comme nous le verrons, c’est précisément ce que les appelantes nous demandent de faire en l’espèce, mais, clairement, ce n’est jamais ce que nous devons faire (voir, par ex., *Première nation de Peguis c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 7; *Sandoz Canada Inc. c. Abbott Laboratories*, 2010 CAF 168 (où, malgré le fait qu’elle a cité la jurisprudence issue de l’arrêt *David Bull*, notre Cour a appliqué la norme de l’« erreur manifeste et dominante » établie dans l’arrêt *Housen*).

[27] Cinquièmement, il n’y a aucun raisonnement qui justifierait d’appliquer devant les Cours fédérales une norme de contrôle différente de celle qui est appliquée par les autres tribunaux canadiens dans le cas d’affaires discrétionnaires ou portant sur des questions mixtes de fait et de droit. Il n’y a aucun autre tribunal canadien qui emploie une formulation de la norme de contrôle qui ressemble à celle de la jurisprudence issue de l’arrêt *David Bull*. Par souci de simplicité et de cohérence, les tribunaux de toutes les autres provinces appliquent systématiquement la norme établie dans l’arrêt *Housen* dans toutes les affaires portant sur l’application de la norme de contrôle, et nous devrions en faire autant (voir également l’arrêt *Apotex Inc. c. Bristol-Myers Squibb Company*, 2011 CAF 34, au paragraphe 9).

[28] Sixièmement, la provenance de la formulation de la norme de contrôle énoncée dans l’arrêt *David Bull* permet de s’interroger sur son bien-fondé. Dans l’arrêt *David Bull*, la Cour se contente d’énoncer la norme sans

*Nabisco Brands Ltd. v. Proctor & Gamble Co. et al.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 417 (F.C.A.), at page 418. There, in extremely brief reasons, the Court stated:

The Appellant has a preliminary hurdle to surmount to successfully appeal a discretionary, interlocutory order. It must satisfy the Court that, in refusing to exercise her discretion in favour of the applicant on a motion to strike all or part of a pleading, the Motions Judge clearly erred in her appreciation of the nature of the pleading or that she proceeded on a wrong principle.

Clear error in the “appreciation of the nature of the pleading” on a motion to strike would probably qualify today as “palpable and overriding error” on a question of mixed fact and law justifying appellate intervention, as would proceeding “on a wrong principle.” But *David Bull* seems to have gone beyond the defensible articulation of the standard of review set out in *Nabisco* and added “giving insufficient weight to relevant factors.”

[29] To eliminate these problems and in the interests of simplicity and coherency, only the *Housen* articulation of the standard of review — binding upon us — should be used when we review discretionary, interlocutory orders. In accordance with *Housen*, absent error on a question of law or an extricable legal principle, intervention is warranted only in cases of palpable and overriding error.

## (2) The Merits of the Appeal

[30] The appellants submit that the Federal Court erred in legal principle when it stated [at paragraph 10] that “the fact of registration is all that the plaintiff must establish to prove its entitlement to the exclusive right to use the registered designs.”

explication fondée sur le droit ou la politique juridique. Le seul précédent sur laquelle elle s’appuie est l’arrêt *Nabisco Brands Ltée c. Proctor & Gamble Co. et al.*, [1985] A.C.F. n° 517 (C.A.) (QL). Dans cet arrêt extrêmement bref, la Cour a déclaré ce qui suit :

Pour avoir gain de cause en appel d’une ordonnance interlocutoire de nature discrétionnaire, l’appelante doit, au préalable, franchir un obstacle préliminaire. En effet, elle doit convaincre la Cour que le juge qui a instruit les requêtes a, en refusant d’exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur de la requérante sur une requête en radiation de l’ensemble ou d’une partie d’une plaidoirie écrite, commis une erreur d’appréciation quant à la nature de la plaidoirie écrite ou encore qu’elle a appliqué un principe erroné.

Une « erreur [évidente] d’appréciation quant à la nature de la plaidoirie écrite » dans le cas d’une requête en radiation serait probablement considérée de nos jours comme une « erreur manifeste et dominante » sur une question mixte de fait et de droit qui justifierait l’intervention de la Cour d’appel, tout comme le fait d’avoir appliqué un principe erroné. Mais l’arrêt *David Bull* semble avoir dépassé le seuil de la formulation défendable de la norme de contrôle établie dans l’arrêt *Nabisco* et avoir ajouté l’élément relatif au fait de « ne pas donner suffisamment d’importance à des facteurs pertinents ».

[29] Pour éliminer ces problèmes et par souci de cohérence et de simplicité, j’estime que seule la formulation de la norme de contrôle figurant dans l’arrêt *Housen* — qui nous lie — devrait être utilisée lorsque nous sommes saisis d’une demande de contrôle d’une ordonnance interlocutoire discrétionnaire. Conformément à l’arrêt *Housen*, à défaut d’erreur sur une question de droit ou un principe juridique isolable, notre intervention n’est justifiée que dans les cas d’erreurs manifestes et dominantes.

## 2) Le bien-fondé de l’appel

[30] Les appelantes font valoir que la Cour fédérale a commis une erreur de droit en déclarant que [au paragraphe 10] « l’enregistrement est le seul élément que la demanderesse doit établir pour prouver son droit exclusif à l’utilisation des dessins enregistrés ».

[31] In my view, this sentence cannot be viewed in isolation. First, the purpose of particulars must be kept front of mind.

[32] Courts grant motions for particulars of allegations in a statement of claim when defendants need them in order to plead. In short, the purpose of particulars is to facilitate the ability to plead. Put another way, without the particulars on an important point, the party cannot plead in response.

[33] This is to be distinguished from discoveries and, in particular, what courts must consider before ordering a discovery witness to answer a question. There, the Court considers whether the information sought is relevant and material to the legal and factual issues in the proceeding and consistent with the objectives set out in rule 3 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106.

[34] The appellants seem to have a discovery purpose in mind. They seem to be supporting their request for particulars on the basis that the information they seek is relevant and material to the legal and factual issues in the case. In paragraph 32 of their memorandum of fact and law, they submit that the provision of particulars will enable them “to appreciate the facts on which the case is founded and better understand [Decor Grates’] position”. But these matters are relevant to the propriety of information sought on discovery, not whether particulars in a statement of claim should be granted because a party needs them in order to plead.

[35] In paragraphs 31 and 32 of their memorandum of fact and law, the appellants suggest that the provision of the particulars would have a “significant impact” on their statement of defence by affecting its “submission,

[31] À mon avis, on ne doit pas considérer cette phrase de façon isolée. Tout d’abord, on doit toujours mettre à l’avant-plan l’objet de la demande de précisions.

[32] Les tribunaux font droit aux requêtes en précisions portant sur les allégations contenues dans une déclaration lorsque le défendeur en a besoin pour pouvoir plaider. En résumé, l’objet d’une demande de précisions est d’aider une partie à plaider. Autrement dit, à défaut de précisions sur un point important, la partie adverse ne peut plaider en réponse.

[33] Il y a lieu d’établir une distinction entre cette situation et celle de l’interrogatoire préalable et, en particulier, les facteurs dont les tribunaux doivent tenir compte avant d’ordonner à un témoin de répondre à une question dans le cadre d’un interrogatoire préalable. Dans ce dernier cas, la Cour doit se demander si les renseignements demandés sont pertinents et importants quant aux questions de droit et de fait en cause dans l’instance et s’ils s’accordent avec les objectifs énoncés à la règle 3 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106.

[34] Il semble que les appelantes aient un objectif de communication préalable en tête. Leur demande de précisions semble reposer sur le fait que les renseignements qu’elles sollicitent sont pertinents et importants quant aux questions de fait et de droit en litige. Au paragraphe 32 de leur mémoire des faits et du droit, elles font valoir que la communication des précisions demandées leur permettra [TRADUCTION] « de comprendre les faits sur lesquels repose l’affaire et de mieux comprendre la thèse de [Decor Grates] ». Mais ces questions sont pertinentes quant au bien-fondé d’une demande de renseignements dans le cadre d’une communication préalable et non quant à la question de savoir s’il y a lieu d’ordonner la communication de précisions se rapportant à la déclaration parce qu’une partie en a besoin pour pouvoir plaider.

[35] Aux paragraphes 31 et 32 de leur mémoire des faits et du droit, les appelantes affirment que la communication des précisions en question aurait [TRADUCTION] « des conséquences importantes » sur leur défense parce

structure and tone”. Here again, the appellants misapprehend the purpose of particulars. They are not supplied because they will make a pleading better or more forceful. They are supplied because without them they cannot plead in response to an important point.

[36] Had this been a request for information during a discovery, the appellants might be on firmer ground. Subsection 7(3) of the *Industrial Design Act* creates a rebuttable presumption, not a conclusive presumption. Subsection 7(3) provides as follows:

7. ...

Certificate to be evidence of contents

(3) The certificate, in the absence of proof to the contrary, is sufficient evidence of the design, of the originality of the design, of the name of the proprietor, of the person named as proprietor, of the commencement and term of registration, and of compliance with this Act. [My emphasis]

[37] If subsection 7(3) set up a conclusive presumption, then all questions concerning facts inconsistent with the presumption would be out of bounds. But subsection 7(3) sets up only a rebuttable presumption. Provided a party has some evidence that conflicts with the certificate (i.e., “proof to the contrary”), it can rely upon that evidence in support of an allegation in its statement of defence that the presumption is rebutted to the extent of the conflict. For example, if the appellants have information suggesting that Decor Grates is not a “proprietor” because it is not or cannot be an author of the design in issue, it can plead an allegation based on that conflicting fact as “proof to the contrary”. Depending on the circumstances, a party may be able to draw wider inferences from the conflicting evidence and make a wider allegation that other aspects of the presumption are also rebutted. But if the appellants do not have any conflicting evidence at all, they cannot plead they have “proof to the contrary”. To do so would be an abuse of process: *Merchant Law Group v. Canada Revenue Agency*, 2010 FCA 184, 321 D.L.R. (4th) 301, at paragraph 34; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557, at paragraph 45.

qu’elles influenceraient [TRADUCTION] « la présentation, la structure et le ton de celle-ci ». Là encore, les appelantes méconnaissent l’objet des précisions. Les précisions ne sont pas communiquées parce qu’elles rendront un acte de procédure meilleur ou plus convaincant. Elles sont communiquées parce que, sans elles, une partie ne peut plaider en réponse à une question importante.

[36] S’il s’était agi d’une demande de renseignements présentée au cours de la communication préalable, les appelantes auraient disposé d’arguments plus solides. Le paragraphe 7(3) de la *Loi sur les dessins industriels* prévoit une présomption réfutable et non une présomption irréfutable. En voici le texte :

7. [...]

(3) En l’absence de preuve contraire, le certificat est une attestation suffisante du dessin, de son originalité, du nom du propriétaire, du fait que la personne dite propriétaire est propriétaire, de la date et de l’expiration de l’enregistrement, et de l’observation de la présente loi. [Je souligne.]

Le certificat fait foi de son contenu

[37] Si le paragraphe 7(3) créait une présomption irréfutable, toutes les questions concernant les faits incompatibles avec cette présomption ne seraient pas pertinentes. Mais le paragraphe 7(3) ne prévoit qu’une présomption réfutable. Dès lors qu’une partie dispose de certains éléments de preuve qui contredisent le certificat (c.-à-d. une « preuve contraire »), elle peut se fonder sur cette preuve à l’appui d’une allégation formulée dans sa défense pour affirmer que la présomption est réfutée dans la mesure de la contradiction. Par exemple, si les appelantes disposent de renseignements indiquant que Decor Grates n’est pas une « propriétaire » parce qu’elle n’est pas et ne peut pas être l’auteur du dessin en litige, elles peuvent formuler une allégation fondée sur ce fait contradictoire en tant que « preuve contraire ». Selon les circonstances, une partie peut être en mesure de tirer des inférences plus larges des éléments de preuve contradictoires et formuler une allégation plus vaste en affirmant que d’autres aspects de la présomption sont également réfutés. Toutefois, si les appelants n’ont aucun autre élément de preuve contradictoire, ils ne peuvent affirmer avoir de « preuve contraire », au risque de commettre un abus de procédure (*Merchant Law Group c. Canada Agence du revenu*, 2010 CAF 184, au paragraphe 34; *JP*

[38] The appellants also submit that the Judge erred in finding that their request for particulars was a “fishing expedition”. Here, the Federal Court set out the law relating to the *Industrial Design Act* and subsection 7(3) of that Act in particular, and did not err on any legal point. As a result, the Federal Court’s finding that the appellants are engaged in a “fishing expedition”—a search by an empty-handed party looking for something to grasp onto—is a question of mixed fact and law heavily suffused by facts. Therefore, in order to succeed on this, the appellants must persuade us that the Federal Court committed a palpable and overriding error.

[39] Further, the Federal Court made other supplementary findings in support of its decision, namely that some of the particulars sought were known to the appellant, Home Depot, those particulars could be shared with the appellant, Imperial [Manufacturing], the particulars sought went far beyond what was necessary to trigger the defences, and many of the particulars sought include “many extraneous elements that would be time consuming to locate.” To some extent, some of these concerns seem more appropriate to the issue whether a question should be answered on discovery rather than whether a party needs the information in order to plead. But they are largely factual in nature. Here again, to set these findings aside, the appellants must persuade us that the Federal Court committed a palpable and overriding error.

[40] Palpable and overriding error is a high standard: see, e.g., *Canada v. South Yukon Forest Corporation*, 2012 FCA 165, 4 B.L.R. (5th) 31; *Waxman v. Waxman* (2004), 186 O.A.C. 201, at paragraphs 278–284. In

*Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557, au paragraphe 45).

[38] Les appelantes affirment également que le juge de première instance a commis une erreur en concluant que leur demande de précisions constituait une « recherche à l’aveuglette ». Dans le cas qui nous occupe, la Cour fédérale a énoncé la règle de droit relative à la *Loi sur les dessins industriels* et le paragraphe 7(3) de cette loi en particulier, et elle n’a commis aucune erreur sur une question juridique. Par conséquent, la conclusion de la Cour fédérale suivant laquelle les appelantes s’étaient livrées à une « recherche à l’aveuglette » — soit une recherche dans laquelle se lance une partie ne disposant d’aucun élément et tentant désespérément de s’accrocher à quelque chose — est une question mixte de fait et de droit largement tributaire des faits. Pour obtenir gain de cause à cet égard, les appelantes doivent donc nous convaincre que la Cour fédérale a commis une erreur manifeste et dominante.

[39] En outre, la Cour fédérale a tiré d’autres conclusions à l’appui de sa décision, à savoir que l’appelante Home Depot était déjà au courant de certaines des précisions sollicitées et qu’elle pouvait les communiquer à l’appelante Imperial [Manufacturing], et que les précisions demandées allaient beaucoup plus loin que ce qui était nécessaire pour permettre de formuler les défenses et que bon nombre des précisions demandées comprenaient « de nombreux éléments étrangers dont la découverte nécessiterait beaucoup de temps ». Dans une certaine mesure, certaines de ces préoccupations semblent s’appliquer davantage à la question de savoir s’il y avait lieu de répondre à une question dans le cadre d’une enquête préalable qu’à la question de savoir si une partie avait besoin de ces renseignements pour pouvoir plaider. Il s’agit toutefois de questions qui sont de nature essentiellement factuelle. Là encore, pour pouvoir annuler ces conclusions, les appelantes doivent nous convaincre que la Cour fédérale a commis une erreur manifeste et dominante.

[40] La norme de l’erreur manifeste et dominante est exigeante (voir, par ex., *Canada c. South Yukon Forest Corporation*, 2012 CAF 165; *Waxman v. Waxman* (2004), 186 O.A.C. 201, aux paragraphes 278 à 284).

*South Yukon*, this Court expressed the standard as follows (at paragraph 46):

Palpable and overriding error is a highly deferential standard of review: *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *Peart v. Peel Regional Police Services* (2006), 217 O.A.C. 269 (C.A.) at paragraphs 158-59; *Waxman*, *supra*. “Palpable” means an error that is obvious. “Overriding” means an error that goes to the very core of the outcome of the case. When arguing palpable and overriding error, it is not enough to pull at leaves and branches and leave the tree standing. The entire tree must fall.

[41] In this case, the appellants have not persuaded me that the threshold of palpable and overriding error has been met. All of the Federal Court’s findings of mixed fact and law (including matters of discretion) and findings of fact have a basis in the evidence. Put another way, there is no error that is obvious and goes to the very core of the outcome reached.

[42] The appellants also submit that the costs order made by the Federal Court should be set aside. One reason is that the Federal Court’s judgment must be set aside on appeal. For the above reasons, there are no grounds to set aside the Federal Court’s judgment. The appellants also submit that, in making its costs award, the Federal Court should have taken into account Decor Grates’ late delivery of requested particulars on the eve of the hearing. However, in the Federal Court the parties agreed that costs should follow the event and that they be fixed in the amount of \$1 500. Thus, the appellants’ submission is without merit.

### C. Proposed Disposition

[43] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs.

WEBB J.A.: I agree.

SCOTT J.A.: I agree.

Dans l’arrêt *South Yukon*, notre Cour formule comme suit la norme en question (au paragraphe 46) :

L’erreur manifeste et dominante constitue une norme de contrôle appelant un degré élevé de retenue : *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *Peart c. Peel Regional Police Services* (2006), 217 O.A.C. 269 (C.A.), aux paragraphes 158 et 159; arrêt *Waxman*, précité. Par erreur « manifeste », on entend une erreur évidente, et par erreur « dominante », une erreur qui touche directement à l’issue de l’affaire. Lorsque l’on invoque une erreur manifeste et dominante, on ne peut se contenter de tirer sur les feuilles et les branches et laisser l’arbre debout. On doit faire tomber l’arbre tout en entier.

[41] Dans la présente affaire, les appelantes ne m’ont pas convaincu que le critère minimal de l’erreur manifeste et dominante a été satisfait. Toutes les conclusions mixtes de fait et de droit — y compris les questions discrétionnaires — ainsi que les conclusions de fait tirées par la Cour fédérale étaient fondées sur la preuve. Autrement dit, la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur évidente touchant directement à l’issue de l’affaire.

[42] Les appelantes affirment également que l’ordonnance prononcée par la Cour fédérale au sujet des dépens devrait être annulée, au motif notamment que le jugement de la Cour fédérale doit être annulé en appel. Pour les motifs qui ont été exposés, il n’y a aucune raison qui justifie l’annulation du jugement de la Cour fédérale. Les appelantes font également valoir que, pour adjuger les dépens, la Cour fédérale aurait dû tenir compte du fait que Decor Grates a attendu jusqu’à la veille de l’audience pour communiquer les précisions demandées. Toutefois, devant la Cour fédérale, les parties ont convenu que les dépens devaient suivre l’issue de la cause et qu’ils devaient être fixés à la somme de 1 500 \$. L’argument des appelantes est donc dénué de fondement.

### C. Dispositif proposé

[43] Pour les motifs qui ont été exposés, je rejetterais l’appel avec dépens.

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

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