



SUPREME COURT OF CANADA

COUR SUPRÊME DU CANADA

BULLETIN OF PROCEEDINGS

BULLETIN DES PROCÉDURES

This Bulletin is published at the direction of the Registrar and is for general information only. It is not to be used as evidence of its content, which, if required, should be proved by Certificate of the Registrar under the Seal of the Court. While every effort is made to ensure accuracy, no responsibility is assumed for errors or omissions.

Ce Bulletin, publié sous l'autorité du registraire, ne vise qu'à fournir des renseignements d'ordre général. Il ne peut servir de preuve de son contenu. Celle-ci s'établit par un certificat du registraire donné sous le sceau de la Cour. Rien n'est négligé pour assurer l'exactitude du contenu, mais la Cour décline toute responsabilité pour les erreurs ou omissions.

During Court sessions the Bulletin is usually issued weekly.

Le Bulletin paraît en principe toutes les semaines pendant les sessions de la Cour.

Where a judgment has been rendered, requests for copies should be made to the Registrar, with a remittance of \$15 for each set of reasons. All remittances should be made payable to the Receiver General for Canada.

Quand un arrêt est rendu, on peut se procurer les motifs de jugement en adressant sa demande au registraire, accompagnée de 15 \$ par exemplaire. Le paiement doit être fait à l'ordre du Receveur général du Canada.

Consult the Supreme Court of Canada website at www.scc-csc.gc.ca for more information.

Pour de plus amples informations, consulter le site Web de la Cour suprême du Canada à l'adresse suivante : www.scc-csc.gc.ca

October 19, 2012

1507 - 1539

Le 19 octobre 2012

CONTENTS

TABLE DES MATIÈRES

Applications for leave to appeal filed	1507 - 1509	Demandes d'autorisation d'appel déposées
Applications for leave submitted to Court since last issue	1510	Demandes soumises à la Cour depuis la dernière parution
Judgments on applications for leave	1511 - 1515	Jugements rendus sur les demandes d'autorisation
Motions	1516 - 1517	Requêtes
Notices of appeal filed since last issue	1518	Avis d'appel déposés depuis la dernière parution
Appeals heard since last issue and disposition	1519 - 1524	Appels entendus depuis la dernière parution et résultat
Pronouncements of appeals reserved	1525	Jugements rendus sur les appels en délibéré
Headnotes of recent judgments	1526 - 1539	Sommaires de jugements récents

NOTICE

Case summaries included in the Bulletin are prepared by the Office of the Registrar of the Supreme Court of Canada (Law Branch) for information purposes only.

AVIS

Les résumés de dossiers publiés dans le bulletin sont préparés par le Bureau du registraire (Direction générale du droit) uniquement à titre d'information.

**APPLICATIONS FOR LEAVE TO
APPEAL FILED**

**DEMANDES D'AUTORISATION
D'APPEL DÉPOSÉES**

H.H.R.

H.H.R.

v. (34982)

Her Majesty the Queen (Ont.)

Roger Shallow
A.G. of Ontario

FILING DATE: 13.09.2012

Her Majesty the Queen

Mark A. Scott
Public Prosecution Service of Nova
Scotia

v. (34988)

J.M.M.

Tony W. Mozvik
The Breton Law Group

FILING DATE: 25.09.2012

Christopher Lill

Mylène Lareau
Brouillard, Bibeau, Gariépy & Associés

c. (34995)

Sa Majesté la Reine (Qc)

Mark Philippe
Directeur des poursuites criminelles et
pénales du Québec

DATE DE PRODUCTION : 27.09.2012

College of Physical Therapists of Alberta

James T. Casey, Q.C.
Field LLP

v. (34993)

Marilyn Fitzpatrick (Alta.)

Shaun S. Flannigan
Merchant Law Group

FILING DATE: 28.09.2012

D.H.

D.H.

v. (35032)

D.A. (Que.)

D.A.

FILING DATE: 24.09.2012

**United Association of Journeymen and
Apprentices of the Plumbing and Pipefitting
Industry of the United States and Canada,
Local 552**

Ronald N. Lebi
Koskie Minsky LLP

v. (34992)

**Greater Essex County District School Board
et al. (Ont.)**

Leonard P. Kavanaugh, Q.C.
Kavanaugh, Milloy

FILING DATE: 27.09.2012

Cardin Salomon

Cardin Salomon

c. (35022)

Banque Nationale du Canada (Qc)

Marika Douville
Tremblay Avocats inc.

DATE DE PRODUCTION : 27.09.2012

Bell Canada

Marie Audren
Borden Ladner Gervais, s.e.n.c.r.l., s.r.l.

c. (34994)

Union des consommateurs (Qc)

François Lebeau
Unterberg, Labelle, Lebeau, s.e.n.c.

DATE DE PRODUCTION : 28.09.2012

Robert Michael Bennight
Phillip C. Rankin
Rankin & Bond LLP

v. (34996)

Her Majesty the Queen (B.C.)
Jennifer Duncan
A.G. of British Columbia

FILING DATE: 28.09.2012

Gusman Alexandre
Karl-Emmanuel Harrison

c. (34998)

Sa Majesté la Reine (Qc)
Daniel Royer
Directeur des poursuites criminelles et
pénales du Québec

DATE DE PRODUCTION : 28.09.2012

Bank of Nova Scotia
Martin Schisizzi
Borden Ladner Gervais LLP

v. (35000)

Teva Canada Limited (Ont.)
Colby Linthwaite
Fred Tayar & Associates

FILING DATE: 28.09.2012

SNC-Lavalin Environnement inc. et autre
Jean-François Bienjonetti
Heenan Blaikie Aubut

c. (35004)

Lafarge Canada inc. et autre (Qc)
Pierre Legault
Gowling Lafleur Henderson, s.e.n.c.r.l.

DATE DE PRODUCTION : 28.09.2012

Michael McCormick
D. Murray Tevlin
Tevlin, Gleadle

v. (34997)

Fasken Martineau DuMoulin LLP (B.C.)
Irwin G. Nathanson, Q.C.
Nathanson, Schachter & Thompson

FILING DATE: 28.09.2012

Her Majesty the Queen in Right of Alberta
Clyde R. Davis
Davis Law

v. (34999)

Husky Energy Inc. (Alta.)
Al Meghji
Osler, Hoskin & Harcourt LLP

FILING DATE: 28.09.2012

Philip Morris Products S.A. et al.
R. Scott Jolliffe
Gowling Lafleur Henderson LLP

v. (35001)

Marlboro Canada Limited et al. (F.C.)
François Guay
Smart & Biggar

FILING DATE: 28.09.2012

Union Carbide Canada inc. et autre
Richard A. Hinse
Lavery, de Billy

c. (35008)

Bombardier inc. et autres (Qc)
Martin Sheehan
Fasken Martineau DuMoulin, s.e.n.c.r.l.

DATE DE PRODUCTION : 28.09.2012

Gusman Alexandre

Karl-Emmanuel Harrison

c. (35019)

Sa Majesté la Reine (Qc)

Daniel Royer

Directeur des poursuites criminelles et
pénales du Québec

DATE DE PRODUCTION : 28.09.2012

Fier Succès

Jacques Larochelle

c. (35007)

**Caisse populaire Desjardins de Hauterive
et autre (Qc)**

Claude Ouellet

Stein, Monast, s.e.n.c.r.l.

DATE DE PRODUCTION : 01.10.2012

**APPLICATIONS FOR LEAVE
SUBMITTED TO COURT SINCE
LAST ISSUE**

**DEMANDES SOUMISES À LA COUR
DEPUIS LA DERNIÈRE PARUTION**

OCTOBER 15, 2012 / LE 15 OCTOBRE 2012

**CORAM: Chief Justice McLachlin and Rothstein and Moldaver JJ.
La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Moldaver**

1. *Brian Conception v. Her Majesty the Queen et al.* (Ont.) (Crim.) (By Leave) (34930)
2. *Nizar Hajjage v. McGill University* (Que.) (Civil) (By Leave) (34944)
3. *Douglas Lewry v. Attorney General of Canada* (F.C.) (Civil) (By Leave) (34898)
4. *Lloyds Syndicate 1221 (Millenium Syndicate) v. Coventree Inc.* (Ont.) (Civil) (By Leave) (34876)

**CORAM: LeBel, Abella and Cromwell JJ.
Les juges LeBel, Abella et Cromwell**

5. *Lumumba Patrice Olenga c. Sa Majesté la Reine* (Qc) (Crim.) (Autorisation) (34960)
6. *N.V. c. P.-A.L.* (Qc) (Civile) (Autorisation) (27997)
7. *Gilles Patenaude c. Ville de Longueuil et autre* (Qc) (Civile) (Autorisation) (34972)
8. *Gilles Patenaude c. Ville de Montréal et autre* (Qc) (Civile) (Autorisation) (34974)
9. *Michel Lafontaine c. G7 Développement inc.* (Qc) (Civile) (Autorisation) (34956)
10. *Mario Bouchard c. Société d'assurance automobile du Québec* (Qc) (Civile) (Autorisation) (34942)

**CORAM: Fish, Rothstein and Karakatsanis JJ.
Les juges Fish, Rothstein et Karakatsanis**

11. *Elizabeth Anne Chan v. Toronto Standard Condominium Corporation No. 1834* (Ont.) (Civil) (By Leave) (34927)
12. *Trevor Nicholas Construction Co. Limited et al. v. Her Majesty the Queen et al.* (F.C.) (Civil) (By Leave) (34879)
13. *Terrence Downey v. David Cranston et al.* (N.S.) (Civil) (By Leave) (34916)
14. *Precious Metal Capital Corp. v. Platinum Partners Value Arbitrage Fund et al.* (Ont.) (Civil) (By Leave) (34858)

**JUDGMENTS ON APPLICATIONS
FOR LEAVE**

**JUGEMENTS RENDUS SUR LES
DEMANDES D'AUTORISATION**

OCTOBER 18, 2012 / LE 18 OCTOBRE 2012

34786 **Kervin Irwin John v. Her Majesty the Queen** (Ont.) (Criminal) (By Leave)

Coram : LeBel, Abella and Cromwell JJ.

The application for leave to appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario, Number C49362, 2012 ONCA 114, dated February 8, 2012, is dismissed without costs.

La demande d'autorisation d'appel de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, numéro C49362, 2012 ONCA 114, daté du 8 février 2012, est rejetée sans dépens.

CASE SUMMARY

Criminal law — Appeal — Whether the applicant's trial counsel was ineffective — Whether the verdict is unreasonable and unsupported in the evidence — Whether there are issues of public importance raised.

After a trial by judge and jury, the applicant was convicted of breaking and entering and theft over \$5,000 (motor vehicle). The applicant was sentenced to five years' imprisonment. On appeal the applicant argued that his trial counsel's assistance was ineffective, resulting in a miscarriage of justice. The Court of Appeal granted leave to appeal the applicant's sentence. The Court of Appeal held that the fresh evidence wholly failed to displace the presumption of trial counsel's competency that applies by operation of the law. The Court of Appeal held that the applicant has failed to demonstrate any prejudice arising from the acts of omissions of his trial counsel. His appeal from conviction and sentence were dismissed.

June 3, 2008
Ontario Superior Court of Justice
(Baltman J.)

Convictions for breaking and entering and theft
over \$5,000 (motor vehicle)

February 8, 2012
Court of Appeal for Ontario
(MacPherson, Cronk, Rouleau JJ.A.)
Neutral citation: 2012 ONCA 114

Conviction and sentence appeals dismissed

March 28, 2012
Supreme Court of Canada

Application for leave to appeal filed

RÉSUMÉ DE L'AFFAIRE

Droit criminel — Appel — L'avocat au procès du demandeur a-t-il été inefficace? — Le verdict est-il déraisonnable et non étayé par la preuve? — L'affaire soulève-t-elle des questions d'importance pour le public?

À l'issue d'un procès devant un juge et un jury, le demandeur a été déclaré coupable d'introduction par effraction et de vol de plus de 5000 \$ (véhicule automobile). Le demandeur a été condamné à une peine d'emprisonnement de cinq ans. En appel, le demandeur a plaidé que l'aide de son avocat au procès avait été inefficace, ce qui a donné lieu à une

erreur judiciaire. La Cour d'appel a accordé l'autorisation d'appel de la peine du demandeur. La Cour d'appel a statué que le nouvel élément de preuve n'avait aucunement réfuté la présomption de droit selon laquelle l'avocat au procès avait agi avec compétence. La Cour d'appel a statué que le demandeur n'avait pas réussi à faire la preuve d'un préjudice découlant des actes ou des omissions de son avocat au procès. Ses appels de la déclaration de culpabilité et de la peine ont été rejetés.

3 juin 2008
Cour supérieure de justice de l'Ontario
(Juge Baltman)

Déclaration de culpabilité d'introduction par effraction et de vol de plus de 5000 \$ (véhicule automobile)

8 février 2012
Cour d'appel de l'Ontario
(Juges MacPherson, Cronk et Rouleau)
Référence neutre : 2012 ONCA 114

Appels de la déclaration de culpabilité et de la peine, rejetés

28 mars 2012
Cour suprême du Canada

Demande d'autorisation d'appel, déposée

34895 **Andria Davis v. CGU Group Canada Ltd. and Wawanesa Mutual Insurance Company added by Order pursuant to Section 258(14) of the Insurance Act, R.S.O. 1990, L8; as amended (Ont.) (Civil) (By Leave)**

Coram : LeBel, Abella and Cromwell JJ.

The motion for an extension of time to serve and file the application for leave to appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario, Number C52593, 2011 ONCA 323, dated April 21, 2011, is dismissed. The leave application materials filed by the parties should be returned to them.

La requête en prorogation du délai de signification et de dépôt de la demande d'autorisation d'appel de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, numéro C52593, 2011 ONCA 323, daté du 21 avril 2011, est rejetée. Les documents de la demande d'autorisation d'appel déposés par les parties devront leur être retournés.

CASE SUMMARY

(COURT FILE CONTAINS INFORMATION THAT IS NOT AVAILABLE FOR INSPECTION BY THE PUBLIC)

Insurance — Release — Whether the lower courts should have set aside the release signed by the parties?

The applicant, Ms. Davis, was involved in an accident in 2001. She brought an action before the Ontario Superior Court of Justice in 2003 against the respondents. A settlement of \$30,000 was reached a few days after the trial commenced in October 2009. Ms. Davis signed in the presence of her counsel. The action was dismissed on consent.

In 2010, Ms. Davis filed a motion before the Ontario Superior Court of Justice for an order to set aside the release. She alleged, among other grounds: duress, counsel's failure to explain the release, mistake, lack of capacity and consent, unconscionability, and violations of her rights guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Superior Court of Justice dismissed the motion and the Court of Appeal dismissed the appeal.

July 28, 2010
Ontario Superior Court of Justice
(Allen J.)

Motion to set aside a release dismissed.

April 21, 2011
Court of Appeal for Ontario
(Goudge, Gillese and Watt JJ.A.)
2011 ONCA 323; C52593

Appeal dismissed.

May 3, 2012
Supreme Court of Canada

Motion for an extension of time to serve and file an application for leave to appeal and application for leave to appeal filed

RÉSUMÉ DE L'AFFAIRE

(LE DOSSIER DE LA COUR RENFERME DES DONNÉES QUE LE PUBLIC N'EST PAS AUTORISÉ À CONSULTER)

Assurance — Quittance — Les juridictions inférieures auraient-elles dû annuler la quittance signée par les parties?

La demanderesse, Mme Davis, a été impliquée dans un accident en 2001. En 2003, elle a intenté une action contre les intimées en Cour supérieure de justice de l'Ontario. Le règlement de 30 000 \$ a été conclu quelques jours après le début du procès en octobre 2009. Madame Davis a signé en présence de son avocat. L'action a été rejetée sur consentement.

En 2010, Mme Davis a déposé une motion en Cour supérieure de justice de l'Ontario pour obtenir une ordonnance d'annulation de la quittance. Entre autres motifs, elle a allégué la contrainte, l'omission de l'avocat d'expliquer la quittance, l'erreur, l'absence de capacité et de consentement, l'iniquité et des violations de droits que lui garantit la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour supérieure de justice a rejeté la motion et la Cour d'appel a rejeté l'appel.

28 juillet 2010
Cour supérieure de justice de l'Ontario
(Juge Allen)

Motion en annulation de la quittance, rejetée.

21 avril 2011
Cour d'appel de l'Ontario
(Juges Goudge, Gillese et Watt)
2011 ONCA 323; C52593

Appel rejeté.

3 mai 2012
Cour suprême du Canada

Requête en prorogation du délai de signification et de dépôt d'une demande d'autorisation d'appel et demande d'autorisation d'appel, déposées.

34903 MB. c. N.P. (Qc) (Civile) (Autorisation)

Coram : Les juges LeBel, Abella et Cromwell

La demande d'autorisation d'appel de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec (Montréal), numéro 500-09-022110-118, 2012 QCCA 208, daté du 30 janvier 2012, est rejetée avec dépens.

The application for leave to appeal from the judgment of the Court of Appeal of Quebec (Montréal), Number 500-09-022110-118, 2012 QCCA 208, dated January 30, 2012, is dismissed with costs.

CASE SUMMARY

(PUBLICATION BAN IN CASE) (PUBLICATION BAN ON PARTY)

Contracts — Nullity — Sale — Whether contract can be annulled because of drug intoxication — Whether person can be compelled to go to court without being informed of all means available to defend him or herself — Whether preference may be given to payment of some debts over that of others.

This case deals primarily with a family law dispute in which, in order to put pressure on his wife to settle the litigation, the husband transferred his assets to a third party. N.P. sold M.B. 100% of the shares he held in Company A, of which he was the sole shareholder, for one dollar plus other consideration. A counter letter was also signed on April 15, 2009, providing for the resale of the shares to N.P. for one dollar plus other consideration. M.B. acknowledged that the shares of Company A were worth one million dollars. The shares of Company A and its bank accounts, containing \$780,897.04, were seized. Company A's assets consisted of cash only. On May 29, 2009, M.B. filed an opposition to the seizure, which was continued *sine die*. On August 9, 2011, N.P. filed a motion to annul the sale of the shares. The motion for annulment was amended on September 2, 2011.

October 5, 2011
Quebec Superior Court
(Laberge J.)
2011 QCCS 7401

Respondent's amended motion granted;
Sale by respondent N.P. to applicant M.B. of
company's shares and resale from M.B. to N.P.
declared nullity;
N.P. declared sole owner of company's shares;
M.B. ordered to take no action that would suggest he is
holder of company's shares.

January 30, 2012
Quebec Court of Appeal (Montréal)
(Forget, Thibault and Fournier JJ.A.)
2012 QCCA 208

Motion to dismiss appeal granted;
Appeal dismissed.

July 25, 2012
Supreme Court of Canada

Application for leave to appeal filed.

RÉSUMÉ DE L'AFFAIRE

(ORDONNANCE DE NON-PUBLICATION DANS LE DOSSIER) (ORDONNANCE DE NON-PUBLICATION VISANT UNE PARTIE)

Contrats – Nullité – Vente – Est-il possible de faire annuler un contrat pour cause d'intoxication à une drogue? – Est-il

possible d'obliger un justiciable d'ester en cour sans lui indiquer tous les moyens pour se défendre? – Est-il possible pour un justiciable de privilégier le paiement de certaines dettes par rapport à d'autres?

La présente affaire porte principalement sur un litige familial où, afin de faire pression sur l'épouse pour régler le litige, le mari a transféré ses biens à une tierce personne. N.P. vend à M.B. 100% des actions qu'il détient dans la compagnie A dont il est le seul actionnaire pour la somme de un dollar et autres considérations. Une contre-lettre est aussi signée le 15 avril 2009 prévoyant la revente à N.P. des actions cédées pour un dollar et autres considérations. M.B. reconnaît que la valeur des actions de la compagnie A est d'un million de dollars. Les actions de la compagnie A et ses comptes de banque soit une somme de 780 897,04\$ sont saisis. Les actifs de la compagnie A sont composés uniquement de sommes d'argent. Le 29 mai 2009, M.B. dépose une opposition à la saisie, laquelle est continuée *sine die*. Le 9 août 2011, N.P. dépose une requête pour annuler la vente d'actions. La requête en annulation est amendée le 2 septembre 2011.

Le 5 octobre 2011
Cour supérieure du Québec
(La juge Laberge)
2011 QCCS 7401

Requête amendée de l'intimée accueillie;
Vente par l'intimée N.P. au demandeur M.B. des actions de la compagnie et la revente de M.B. à N.P. déclarée nulle;
N.P. déclaré seul détenteur des actions de la compagnie;
Ordonné à M.B. qu'il ne pourra faire aucun acte qui porterait à croire qu'il est détenteur des actions de la compagnie.

Le 30 janvier 2012
Cour d'appel du Québec (Montréal)
(Les juges Forget, Thibault et Fournier)
2012 QCCA 208

Requête en rejet d'appel accueillie;
Appel rejeté.

Le 25 juillet 2012
Cour suprême du Canada

Demande d'autorisation d'appel déposée.

MOTIONS

REQUÊTES

05.10.2012

Before / Devant: THE REGISTRAR / LE REGISTRAIRE

Miscellaneous motion

Requête diverse

Telus Communications Company

v. (34252)

Her Majesty the Queen (Crim.) (Ont.)

GRANTED / ACCORDÉE

UPON APPLICATION by the intervener, Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, for an order accepting its factum as filed, namely, prepared in a manner that does not comply with the printing requirements set out in the Guidelines for Preparing Documents to be Filed with the Supreme Court of Canada (Print and Electronic);

AND THE MATERIAL FILED having been read;

IT IS HEREBY FURTHER ORDERED THAT:

The motion is granted.

À LA SUITE DE LA DEMANDE présentée par l'intervenante, la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko, en vue de faire accepter son mémoire tel qu'il a été déposé bien qu'il ne réponde pas aux exigences relatives à l'impression établies dans les *Lignes directrices pour la préparation des documents à déposer à la Cour suprême du Canada (versions imprimée et électronique)*;

ET APRÈS EXAMEN des documents déposés,

IL EST ORDONNÉ CE QUI SUIIT :

La requête est accueillie.

10.10.2012

Before / Devant : ROTHSTEIN J. / LE JUGE ROTHSTEIN

Order on interventions with respect to oral argument

Ordonnance relative à la présentation d'une plaidoirie orale par les intervenants

RE: Attorney General of British
Columbia;
City of Toronto;
Metrolinx

IN / DANS : Antrim Truck Center Ltd.

v. (34413)

Her Majesty the Queen in Right
of the Province of Ontario, as
represented by the Minister of
Transportation (Ont.)

FURTHER TO THE ORDER dated August 13, 2012, granting leave to intervene to the Attorney General of British Columbia, the City of Toronto and Metrolinx;

IT IS HEREBY FURTHER ORDERED THAT the said interveners are each granted permission to present oral argument not exceeding ten (10) minutes at the hearing of the appeal.

À LA SUITE DE L'ORDONNANCE datée du 13 août 2012 accordant l'autorisation d'intervenir au procureur général de la Colombie-Britannique, à la cité de Toronto et à Metrolinx;

IL EST EN OUTRE ORDONNÉ QUE ces intervenants pourront présenter chacun une plaidoirie orale d'au plus dix (10) minutes lors de l'audition de l'appel.

10.10.2012

Before / Devant : ROTHSTEIN J. / LE JUGE ROTHSTEIN

Motion to extend time to serve and file the factum and the book of authorities of the intervener, Attorney General of Ontario, to September 20, 2012

Requête en prorogation du délai de signification et de dépôt des mémoire et recueil de sources de l'intervenant, le procureur général de l'Ontario jusqu'au 20 septembre 2012.

Her Majesty the Queen

v. (34754)

Christopher Baldree (Crim.) (Ont.)

GRANTED / ACCORDÉE

12.10.2012

Mihai Ibanescu

c. (34653)

Sa Majesté la Reine (Qc)

(Autorisation)

**APPEALS HEARD SINCE LAST ISSUE
AND DISPOSITION**

**APPELS ENTENDUS DEPUIS LA
DERNIÈRE PARUTION ET RÉSULTAT**

12.10.2012

Coram: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

J.F.

v. (34284)

**Her Majesty the Queen (Ont.) (Criminal)
(By Leave)**

Ian R. Mang and Shelley M. Kierstead for the appellant.

Ryan D.W. Dalziel and Micah B. Rankin for the intervener British Columbia Civil Liberties Association.

Alexander Alvaro and Andreea Baiasu for the respondent.

RESERVED / EN DÉLIBÉRÉ

Nature of the case:

(PUBLICATION BAN ON PARTY) (PUBLICATION BAN ON WITNESSES) (COURT FILE CONTAINS INFORMATION THAT IS NOT AVAILABLE FOR INSPECTION BY THE PUBLIC)

Criminal Law - Offence - Elements of offence - Conspiracy to commit murder - Party liability - Evidence - Co-conspirator's exception to hearsay rule - Whether the Court of Appeal erred in holding that the appellant could be convicted of conspiracy to commit murder as a party pursuant to the combined effect of ss. 21(1) and 465(1)(a) of the *Criminal Code* - If party liability to a conspiracy is an offence known to Canadian law, whether party liability in the case of conspiracy is limited to aiding or abetting the formation of the conspiracy, as opposed to aiding or abetting the commission of the substantive offence - Whether the co-conspirator's exception to the hearsay rule applies to parties to a conspiracy as opposed to members of a conspiracy - If the appeal on conviction is dismissed, whether the appeal from sentence should be allowed and the sentence varied to a non-custodial sentence.

Nature de la cause :

(ORDONNANCE DE NON-PUBLICATION VISANT UNE PARTIE) (ORDONNANCE DE NON-PUBLICATION VISANT LES TÉMOINS) (LE DOSSIER DE LA COUR RENFERME DES DONNÉES QUE LE PUBLIC N'EST PAS AUTORISÉ À CONSULTER)

Droit criminel - Infraction - Éléments de l'infraction - Complot en vue de commettre un meurtre - Responsabilité du participant à une infraction - Preuve - Exception à la règle du oui-dire dans le cas des coconspirateurs - La Cour d'appel a-t-elle eu tort de statuer que l'appellant pouvait être déclaré coupable de complot en vue de commettre un meurtre en tant que participant à l'infraction par l'effet combiné du par. 22(1) et de l'al. 465(1)a) du *Code criminel*? - Si la responsabilité du participant à un complot est une infraction que reconnaît le droit canadien, cette responsabilité se limite-t-elle à avoir aidé ou encouragé la formation du complot, par opposition à avoir aidé ou encouragé la commission de l'infraction substantielle? - L'exception à la règle du oui-dire dans le cas des coconspirateurs s'applique-t-elle aux participants à un complot par opposition aux membres d'un complot? - Si l'appel de la déclaration de culpabilité est rejeté, l'appel de la peine devrait-elle être accueilli et la peine devrait-elle être modifiée en y substituant une peine non privative de liberté?

15.10.2012

Coram: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

Telus Communications Company

v. (34252)

**Her Majesty the Queen (Ont.) (Criminal)
(By Leave)**

Scott C. Hutchison, Michael Sobkin and Fredrick Schumann for the appellant.

Wendy Matheson and Rebecca Wise for the intervener Canadian Civil Liberties Association.

Written submissions only for the intervener Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Croft Michaelson and Lisa Matthews for the respondent.

Michal Fairburn for the intervener Attorney General of Ontario.

RESERVED / EN DÉLIBÉRÉ

Nature of the case:

Criminal Law - Pre-trial procedure - General Warrant and Assistance Orders - Whether the court below erred in finding that the general warrant power can be used to seize the content (the substance, meaning or purport) of private text messages from telecommunication service providers - Whether the court below erred in finding that in acquiring the substance, meaning and purport of such private communications, the police had not engaged in an "interception" under the *Criminal Code*.

Nature de la cause :

Droit criminel - Procédure préliminaire - Mandat général et ordonnances d'assistance - Le tribunal d'instance inférieure a-t-il eu tort de conclure que le pouvoir de décerner un mandat général peut être exercé pour saisir le contenu (la substance, le sens ou l'objet) de messages textes personnels de fournisseurs de services de télécommunications? - Le tribunal d'instance inférieure a-t-il eu tort de conclure qu'en acquérant la substance, le sens et l'objet de ces communications privées, la police n'avait pas fait d'« interception » au sens du *Code criminel*?

16.10.2012

Coram: La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell et Moldaver

Sa Majesté la Reine

c. (34557)

Nicole Rochon (Qc) (Criminelle) (De plein droit)

Jean Campeau et Christine Lafrance pour l'appelante.

François Lacasse pour l'intervenant Directeur des poursuites pénales du Canada.

Julie Giroux et Alexandre Bergevin pour l'intimée.

2012 SCC 50 / 2012 CSC 50

DISMISSED, Cromwell J. dissenting / REJETÉ, le juge Cromwell est dissident

JUDGMENT:

The appeal from the judgment of the Court of Appeal of Quebec (Montréal), Number 500-10-004238-083, 2011 QCCA 2012, dated October 26, 2011, was heard this day and the following judgment was rendered orally:

[TRANSLATION]

FISH J.: It is unnecessary to decide in this case whether an omission “to do anything” can serve as a basis for conviction under s. 21(1)(b) of the *Criminal Code* where the accused did not have a duty to act.

In light of the trial judge’s findings of fact, we agree with the majority of the Court of Appeal that the evidence was insufficient to establish to the required degree of certainty that the respondent had acted, or failed to act, for the purpose of aiding any person to commit the crimes mentioned in the indictment, even if that was clearly the result.

For these reasons, the appeal is dismissed.

Cromwell J., dissenting, would have allowed the appeal, substantially for the reasons given by Dalphond J.A., dissenting in the Court of Appeal.

Nature of the case:

Criminal law - Drugs and substances - Marijuana - Cultivating or producing - Possession for purpose of trafficking - Complicity by omission - *Actus reus* - Whether complicity by omission under s. 21(1)(b) of *Criminal Code* requires existence of legal duty to act and whether failure to act by person who omits to exercise authority over another person or property can constitute *actus reus*.

JUGEMENT :

L’appel interjeté contre l’arrêt de la Cour d’appel du Québec (Montréal), numéro 500-10-004238-083, 2011 QCCA 2012, en date du 26 octobre 2011, a été entendu aujourd’hui et le jugement suivant a été rendu oralement:

LE JUGE FISH : Il n’est pas nécessaire de décider en l’espèce si une omission « d’accomplir quelque chose » ne saurait fonder une déclaration de culpabilité aux termes de l’article 21(1)b) du *Code criminel* en l’absence d’un devoir d’agir de la part de l’accusé(e).

Compte tenu des conclusions de fait du premier juge, nous sommes d’accord avec les juges de la majorité en Cour d’appel que la preuve était insuffisante pour conclure avec la certitude requise que l’intimée ait agi ou omis d’agir en vue d’aider quelqu’un à commettre les crimes mentionnés à l’acte d’accusation, même si cela en était le résultat manifeste.

Pour ces motifs, l’appel est rejeté.

Le juge Cromwell, dissident, aurait accueilli le pourvoi, essentiellement pour les motifs du juge Dalphond, dissident en Cour d’appel.

Nature de la cause :

Droit criminel - Drogues et autres substances - Marihuana - Culture ou production - Possession à des fins de trafic - Complicité par omission - *Actus reus* - La complicité par omission suivant l’alinéa 21(1)b) du *Code criminel* requière-t-elle l’existence d’un devoir légal d’agir et le fait de ne pas agir pour celui qui omet d’exercer l’autorité qu’il détient sur une personne ou un bien peut-il constituer l’*actus reus*?

17.10.2012

Coram: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

Pro-Sys Consultants Ltd., Neil Godfrey

v. (34282)

**Microsoft Corporation et al. (B.C.) (Civil)
(By Leave)**

- and between -

Sun-Rype Products Ltd. et al.

v. (34283)

**Archer Daniels Midlana Company et al. (B.C.)
(Civil) (By Leave)**

J.J. Camp, Q.C., Reidar Mogerman, Melina Buckley and Michael Sobkin for the appellants/respondents (34282 - 34283).

John S. Tyhurst for the intervener Attorney General of Canada (34282 -34283).

J. Kenneth McEwan, Q.C. and Eileen M. Patel for the respondents/appellants Cargill Incorporated et al. (34283).

Stephen R. Schachter, Q.C., Geoffrey B. Gomery, Q.C. and Peter R. Senkpiel for the respondents/appellants Corn Products International Inc. et al. (34283).

D. Michael Brown, Gregory J. Nash and David K. Yule for the respondents/appellants Archer Daniels Midland Company et al. (34283).

Neil Finkelstein, James Sullivan, Catherine Beagan Flood and Brandon Kain for the respondents/appellants Microsoft Corporation et al. (34282).

Davit D. Akman and Adam Fanaki for the intervener Canadian Chamber of Commerce (34283).

RESERVED / EN DÉLIBÉRÉ

Nature of the case - 34282:

Civil procedure - Class actions - Certification - Cause of action - Passing-on defence - Corollary principle barring claims by indirect purchasers - Whether it is plain and obvious that indirect purchasers in Canada have no remedy under Canadian law where they have suffered harm because of illegal and anti-competitive conduct - Whether this case should have been certified as a class proceeding.

Nature of the case - 34283:

Civil procedure - Class actions - Certification - Cause of action - Passing-on defence - Corollary principle barring claims of indirect purchasers - Whether this case should have been certified as a class proceeding - Whether a constructive trust can be ordered in the

Nature de la cause - 34282 :

Procédure civile - Recours collectifs - Certification - Cause d'action - Moyen de défense fondé sur le transfert de la perte - Principe corollaire qui rend irrecevables les demandes d'acheteurs indirects - Est-il évident et manifeste que les acheteurs indirects au Canada n'ont aucun recours en droit canadien lorsqu'ils ont subi un préjudice en raison d'un agissement illégal et anti-concurrentiel? - La présente affaire aurait-elle dû être certifiée comme un recours collectif?

Nature de la cause - 34283 :

Procédure civile - Recours collectif - Certification - Cause d'action - Moyen de défense fondé sur le transfert de la perte - Principe corollaire qui rend irrecevables les demandes d'acheteurs indirects - La présente affaire aurait-elle dû être certifiée comme un

absence of a direct link or proprietary nexus - If a direct link or nexus is required, what is the content of that requirement - Whether a constructive trust can be ordered where a monetary award will be an adequate remedy - On what factual basis must the court address the certification requirements of the *Class Proceedings Act*?

recours collectif? - Une fiducie constructive peut-elle être ordonnée en l'absence d'un lien direct ou exclusif? - Si un lien direct est exigé, quel est le contenu de cette exigence? - Une fiducie constructive peut-elle être ordonnée lorsqu'une réparation pécuniaire sera une réparation adéquate? - Sur quels faits le tribunal doit-il s'appuyer pour traiter les exigences en matière de certification prévues dans la *Class Proceedings Act*?

17.10.2012

Coram: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

Samsung Electronics Co., Ltd. et autres

c. (34617)

**Option Consommateurs et autre (Qc) (Civile)
(Autorisation)**

Madeleine Renaud, Ad.E. et Warren Milman pour l'appelante Hynix Semiconductor Inc. (34617).

Yves Martineau pour les appelantes Infineon Technologies AG et autre (34617).

Francis Rouleau pour les appelantes Samsung Electronics Co., Ltd. et autres (34617).

Daniel Belleau, Maxime Nasr et Violette Leblanc pour les intimées Option Consommateurs et autre (34617)

David Sterns and Jean-Marc Leclerc for the intervener Canadian Federation of Independent Grocers (34617).

RESERVED / EN DÉLIBÉRÉ

Nature of the case:

Civil procedure - Class actions - Prior authorization - Conditions for instituting action - Cause of action - Violation of *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34 - "Passing-on" - Territorial jurisdiction - Class action authorized for direct and indirect purchasers in Quebec based on purchase of product manufactured in United States - Whether indirect purchasers in Quebec entitled to sue to recover price increase resulting from anti-competitive behaviour and whether Court of Appeal could authorize class action in circumstances - Whether existence of strictly economic damage suffered by Quebec resident is sufficient to give Quebec courts jurisdiction under art. 3148(3) of *Civil Code of Québec*.

Nature de la cause :

Procédure civile - Recours collectifs - Autorisation préalable - Conditions d'exercice - Cause d'action - Atteinte à la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34 - « Transfert de la perte » - Compétence territoriale - Recours collectif autorisé pour acheteurs directs et indirects québécois découlant de l'achat d'un bien manufacturé aux États-Unis - Les acheteurs indirects au Québec ont-ils droit de poursuivre pour recouvrer l'augmentation de prix découlant d'un comportement anticoncurrentiel, et la Cour d'appel pouvait-elle autoriser le recours collectif dans les circonstances - L'existence d'un préjudice strictement économique subi par un résident du Québec est-elle suffisante pour conférer compétence aux tribunaux québécois en vertu de l'article 3148(3) du *Code civil du Québec*?

18.10.2012

Coram: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Moldaver and Karakatsanis JJ.

Muhsen Ahemed Ramadan Agraira

v. (34258)

**Minister of Public Safety and Emergency
Preparedness (F.C.) (Civil) (By Leave)**

Lorne Waldman, Jacqueline Swaisland and Clare
Crummey for the appellant.

John Norris and Andrew Brouwer for the intervener
Canadian Council for Refugees and Canadian
Association of Refugee Lawyers.

Barbara Jackman and Hadayt Nazami for the
intervener Canadian Arab Federation and Canadian
Tamil Congress.

Urszula Kaczmarczyk and Marianne Zoric for the
respondent.

Written submission only by Leigh Salsberg for the
intervener Ahmad Daud Maqsudi.

Written submission only for the intervener British
Columbia Civil Liberties Association.

RESERVED / EN DÉLIBÉRÉ

Nature of the case:

Immigration law - Judicial review - Inadmissibility and removal - Appellant granted leave to seek judicial review of the Minister's determination under s. 34(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 that his continued stay in Canada was detrimental to Canada's national interest - Federal Court of Appeal allowed appeal, set aside Federal Court decision and dismissed application for judicial review - Whether the Federal Court of Appeal erred by finding that a transfer in ministerial responsibility was the determinative factor in interpreting s. 34(2) of the *IRPA* - Whether the Federal Court of Appeal unlawfully fettered the discretion of the respondent by limiting the interpretation of "national interest" to issues of national security and public danger.

Nature de la cause :

Droit de l'immigration - Contrôle judiciaire - Interdiction de territoire et renvoi - L'appelant a obtenu l'autorisation de solliciter le contrôle judiciaire de la décision, prise par le ministre en vertu du par. 34(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, suivant laquelle sa présence au Canada était préjudiciable à l'intérêt national. - La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel, annulé la décision de la Cour fédérale et rejeté la demande de contrôle judiciaire - La Cour d'appel fédérale a-t-elle eu tort de conclure que le transfert de la responsabilité à un autre ministre était le facteur déterminant dans l'interprétation du par. 34(2) de la *LIPR*? - La Cour d'appel fédérale a-t-elle entravé illégalement le pouvoir discrétionnaire de l'intimé en affirmant que le terme « intérêt national » vise uniquement la sécurité nationale et le danger pour le public.

**PRONOUNCEMENTS OF APPEALS
RESERVED**

**JUGEMENTS RENDUS SUR LES
APPELS EN DÉLIBÉRÉ**

Reasons for judgment are available

Les motifs de jugement sont disponibles

OCTOBER 17, 2012 / LE 17 OCTOBRE 2012

33778 **Southcott Estates Inc. v. Toronto Catholic District School Board** (Ont.)
2012 SCC 51 / 2012 CSC 51

Coram: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell and Karakatsanis JJ.

The appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario, Number C50100, 2010 ONCA 310, dated May 3, 2010, heard on March 20, 2012, is dismissed with costs, and the cross-appeal is dismissed without costs. The Chief Justice is dissenting.

L'appel interjeté contre l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, numéro C50100, 2010 ONCA 310, en date du 3 mai 2010, entendu le 20 mars 2012, est rejeté avec dépens, et l'appel incident est rejeté sans dépens. La juge en chef est dissidente.

OCTOBER 18, 2012 / LE 18 OCTOBRE 2012

33874 **Her Majesty the Queen v. GlaxoSmithKline Inc.** (N.S.)
2012 SCC 52 / 2012 CSC 52

Coram: McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

The appeal from the judgment of the Federal Court of Appeal, Number A-345-08, 2010 FCA 201, dated July 26, 2010, heard on January 13, 2012, is dismissed with costs throughout. The cross-appeal is dismissed with costs in this Court. The matter is remitted to the Tax Court for redetermination.

L'appel interjeté contre l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, numéro A-345-08, 2010 CAF 201, en date du 26 juillet 2010, entendu le 13 janvier 2012, est rejeté avec dépens devant toutes les cours. L'appel incident est rejeté avec dépens devant notre Cour. L'affaire est renvoyée à la Cour de l'impôt pour réexamen.

OCTOBER 19, 2012 / LE 19 OCTOBRE 2012

34268 **Her Majesty The Queen v. Richard Cole – and – Director of Public Prosecutions, Attorney General of Quebec, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Canadian Civil Liberties Association and Canadian Association of Counsel to Employers** (Ont.)
2012 SCC 53 / 2012 CSC 53

Coram: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell and Moldaver JJ.

The appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario, Number C50526, 2011 ONCA 218, dated March 22, 2011, heard on May 15, 2012, is allowed. The exclusionary order of the Court of Appeal is set aside. The order of a new trial is affirmed. Justice Abella is dissenting.

L'appel interjeté contre l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, numéro C50526, 2011 ONCA 218, en date du 22 mars 2011, entendu le 15 mai 2012, est accueilli. L'ordonnance d'exclusion rendue par la Cour d'appel est annulée. L'ordonnance visant la tenue d'un nouveau procès est confirmée. La juge Abella est dissidente.

Southcott Estates Inc. v. Toronto Catholic District School Board (Ont.) (33778)
Indexed as: Southcott Estates Inc. v. Toronto Catholic District School Board /
Répertorié : Southcott Estates Inc. c. Toronto Catholic District School Board
Neutral citation: 2012 SCC 51 / Référence neutre : 2012 CSC 51
Hearing: March 20, 2012 / Judgment: October 17, 2012
Audition : Le 20 mars 2012 / Jugement : Le 17 octobre 2012

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

Contracts — Commercial contracts — Remedies — Specific performance — Duty to mitigate — Single-purpose company entering into agreement for purchase of land — Vendor breaching contractual obligations — Company seeking specific performance — Whether single-purpose company must mitigate its losses — Whether plaintiff seeking specific performance has obligation to mitigate its losses — Whether trial judge erred in concluding there were no comparable properties available for mitigation.

The appellant S is a single-purpose company incorporated solely for the purpose of a specific land purchase, with no assets other than money advanced to it by its parent company for the deposit relating to such purchase. It entered into an agreement of purchase and sale for a specific property with the respondent. When the respondent failed to satisfy a condition and refused to extend the closing date, S sought specific performance of the contract. It argued that it was not required to mitigate its losses. The trial judge refused to award specific performance but awarded damages to S in the amount of \$1,935,500. The Court of Appeal concluded that the respondent had breached its contractual obligations but that S had failed to take available steps to mitigate its losses. It reduced the damage award to a nominal sum.

Held: (McLachlin C.J. dissenting) The appeal and cross-appeal should be dismissed.

Per LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell, **Karakatsanis JJ.** Mitigation is a doctrine based on fairness and common sense, which seeks to do justice between the parties in the particular circumstances of the case. As a general rule, a plaintiff will not be able to recover those losses which he could have avoided by taking reasonable steps.

The main issue is whether S, a single-purpose corporation, was excused from mitigating its losses when the vendor breached the agreement of purchase and sale, and particularly when it had promptly brought an action for specific performance. As a separate legal entity, S was required to mitigate by making diligent efforts to find a substitute property. Those who choose the benefits of incorporation must bear the corresponding burdens. One such responsibility is to take steps to mitigate losses. A plaintiff cannot recover losses that could reasonably have been avoided. S sought specific performance and was therefore ready to complete the purchase. Its alternative claim for consequential damages was predicated upon its access to capital to complete the agreement of purchase and sale. As such, both claims were premised upon resources that were not tied up as a result of the breach alleged. S can hardly argue that the same money would not have been available for mitigation. In the absence of actual evidence of impecuniosity, finding that losses cannot be reasonably avoided, simply because the corporation is a single-purpose corporation within a larger group of companies, would give these corporations an unfair advantage. If single-purpose corporations were not required to mitigate their losses, this could expose defendants contracting with such corporations to higher damage awards.

This Court has recognized that there may be situations in which a plaintiff's inaction is justifiable notwithstanding its failure to obtain an order for specific performance. If the plaintiff has a "fair, real, and substantial justification" or a "substantial and legitimate interest" in specific performance, its refusal to purchase other property may be reasonable, depending upon the circumstances of the case. A plaintiff deprived of an investment property does not have a "fair, real and substantial justification" or a "substantial and legitimate" interest in specific performance unless he can show that money is not a complete remedy because the land has "a peculiar and special value" to him. S has not demonstrated such a claim and therefore cannot justify its inaction. S was engaged in a commercial transaction

for the purpose of making a profit. The property's particular qualities were only of value due to their ability to further profitability, for which damages were an adequate remedy.

Where it is alleged that the plaintiff has failed to mitigate, the defendant bears the burden of proving that the plaintiff has failed to make reasonable efforts to mitigate and that mitigation was possible. Whether or not there were comparable properties and whether they are profitable is a finding of fact. The trial judge made a palpable and overriding error in finding there were no comparable mitigation opportunities. He failed to consider the reasonable and available inferences arising from expert evidence regarding other land suitable for development sold in the area, the investment properties purchased by the parent company of S and the absence of evidence to the contrary. The respondent discharged the burden of showing that there were other comparable development properties available in the relevant time period to mitigate the losses.

Per McLachlin C.J. (dissenting): The Board, having breached the contract, bears the onus of proving that S unreasonably failed to mitigate its loss. This entails establishing, on a balance of probabilities: (1) that an opportunity to mitigate the loss was available to S; and (2) that S unreasonably failed to pursue that opportunity. The trial judge's finding that the Board failed to establish that S had an opportunity to mitigate is sufficient to dispose of the appeal. This finding was grounded in the evidence and did not constitute palpable and overriding error. The Board failed to prove that another property comparable to the one that S sought to purchase was available. Neither the evidence of the Board's expert witness nor that of purchases by other subsidiaries of S's parent company established that a comparable property was available for S.

Moreover, S could not be unreasonable in failing to mitigate its loss because it reasonably maintained its action for specific performance. The act of filing a claim for specific performance is inconsistent with the act of acquiring a substitute property. A plaintiff, acting reasonably, cannot pursue specific performance and mitigate its potential loss of damages at the same time. There is no basis on which to conclude that S acted unreasonably in maintaining its suit for specific performance instead of mitigating its loss. S had a "fair, real, and substantial justification" for claiming specific performance. The property was uniquely suited to S's needs for single-family residential development within the City of Toronto. The evidence supported the view that there were no comparable substitute properties.

Furthermore, it is difficult to conclude that S unreasonably failed to mitigate given that S lacked the financial capacity to go into the market and purchase a substitute property.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Sharpe, Blair and MacFarland J.J.A.), 2010 ONCA 310, 104 O.R. (3d) 784, 261 O.A.C. 108, 319 D.L.R. (4th) 349, 93 R.P.R. (4th) 159, 71 B.L.R. (4th) 196, [2010] O.J. No. 1772 (QL), 2010 CarswellOnt 2602, setting aside a decision of Spiegel J., (2009), 78 R.P.R. (4th) 285, [2009] O.J. No. 428 (QL), 2009 CanLII 3567, 2009 CarswellOnt 494. Appeal and cross-appeal dismissed, McLachlin C.J. dissenting.

J. Thomas Curry, Milton A. Davis and Paul-Erik Veel, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Andrew M. Robinson, Elizabeth K. Ackman and Andrea Farkouh, for the respondent/appellant on cross-appeal.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto; Davis Moldaver, Toronto.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Miller Thomson, Toronto.

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

Contrats — Contrats commerciaux — Recours — Exécution intégrale — Obligation de mitiger le préjudice — Promesse d'achat d'un terrain par une société à but unique — Inexécution de la promesse de vente par le promettant-vendeur — Demande d'exécution intégrale par la société — Une société à but unique doit-elle mitiger ses pertes? — La demanderesse qui cherche à obtenir l'exécution intégrale a-t-elle l'obligation de mitiger ses pertes? —

Le juge de première instance a-t-il eu tort de conclure qu'aucun immeuble comparable n'aurait pu servir à mitiger le préjudice?

L'appelante S est une société à but unique constituée dans le seul but d'acheter un terrain en particulier. Elle n'a pas d'actifs autres que l'argent avancé par sa société mère pour le dépôt à verser en vue de cet achat. S a conclu avec l'intimé une promesse d'achat et de vente du terrain en cause. Lorsque l'intimé a fait défaut de satisfaire à une des conditions de l'entente et a refusé de proroger la date de clôture, S a réclamé l'exécution intégrale du contrat. Cette dernière a plaidé qu'elle n'était pas tenue de mitiger ses pertes. Le juge de première instance a refusé d'ordonner l'exécution intégrale du contrat mais a accordé à S la somme de 1 935 500 \$ à titre de dommages-intérêts. La cour d'appel a conclu que l'intimé n'avait pas respecté le contrat mais que S avait omis de prendre les mesures appropriées pour mitiger ses pertes. Elle a ramené à une somme symbolique le montant accordé à titre de dommages-intérêts.

Arrêt : (la juge en chef McLachlin est dissidente) Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

Les juges LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell et **Karakatsanis**. La notion de mitigation du préjudice repose sur l'équité et le bon sens et vise à assurer la justice entre les parties en fonction des circonstances propres à l'espèce. En principe, un demandeur ne peut se faire indemniser d'une perte qu'il aurait pu éviter par des précautions raisonnables.

La principale question en litige est de savoir si S, une société à but unique, était relevée de son obligation de mitiger ses pertes lorsque le promettant-vendeur n'a pas respecté la promesse d'achat et de vente, en particulier lorsqu'elle a rapidement intenté une action en exécution intégrale. En tant qu'entité juridique distincte, S était tenue de mitiger ses pertes en faisant diligence pour trouver une autre propriété. Quiconque choisit de bénéficier des avantages de la constitution en société doit en supporter les inconvénients. La société a notamment la responsabilité de prendre des mesures pour mitiger ses pertes. Un demandeur ne peut se faire indemniser des pertes qu'il pouvait raisonnablement éviter. S réclamait l'exécution intégrale; elle était donc prête à parfaire l'achat. Sa demande subsidiaire de dommages-intérêts pour préjudice indirect dépendait de l'obtention, pour elle, de capitaux lui permettant de parfaire la vente. En fait, les deux demandes étaient fondées sur la possibilité d'obtenir des ressources qui n'étaient pas bloquées par suite de l'inexécution reprochée. S ne peut guère prétendre que les mêmes fonds n'auraient pas pu servir à mitiger le préjudice. À défaut d'éléments de preuve concrets démontrant le manque de ressources, le fait de conclure que les pertes ne peuvent raisonnablement être évitées du simple fait qu'il s'agit d'une société à but unique membre d'un consortium de sociétés aurait pour effet de conférer à ces sociétés un avantage injustifié. Si les sociétés à but unique n'étaient pas tenues de mitiger leurs pertes, les défendeurs qui signent des contrats avec elles seraient susceptibles d'être condamnés à des dommages-intérêts plus élevés.

Notre Cour a reconnu que dans certains cas, l'inaction du demandeur peut se justifier malgré le fait qu'il n'a pas réussi à obtenir l'exécution intégrale. Si le demandeur réclame l'exécution intégrale en se fondant sur des « motifs équitables, réels et importants » ou un « intérêt important et légitime », son refus d'acheter un autre bien peut être justifié, compte tenu des circonstances de l'espèce. Un demandeur privé d'un immeuble de placement ne peut exiger l'exécution intégrale en invoquant des « motifs équitables, réels et importants » ou un « intérêt important et légitime » que s'il peut démontrer que l'octroi d'une somme d'argent ne constituerait pas une réparation complète parce que cet immeuble a « une valeur particulière » pour lui. S n'a pas démontré que tel était le cas et elle ne peut donc justifier son inaction. Elle avait entrepris cette opération commerciale dans le but de réaliser un profit. Les caractéristiques particulières de l'immeuble tenaient seulement à sa valeur du fait qu'il pouvait s'avérer rentable, et les dommages-intérêts constituaient une réparation adéquate.

Lorsqu'il est allégué que le demandeur n'a pas mitigé le préjudice, il incombe au défendeur de démontrer que le demandeur n'a pas pris toutes les mesures raisonnables pour mitiger le préjudice et que la mitigation était possible. La question de savoir s'il existait des immeubles comparables et s'ils étaient rentables est une question de fait. Le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en affirmant qu'il n'y avait pas de possibilités de mitiger le préjudice. Il n'a pas considéré les inférences raisonnables que lui présentaient le témoignage de l'expert relativement à d'autres terrains susceptibles de mise en valeur vendus dans la région, les immeubles de placement acquis par la société mère de S ainsi que l'absence de preuve contraire. L'intimé s'est acquitté du fardeau de démontrer qu'il existait, au cours de la période en cause, d'autres immeubles de placement comparables qui auraient pu servir à mitiger les pertes.

La juge en chef McLachlin (dissidente) : Il incombe au conseil scolaire, qui n'a pas respecté le contrat, de prouver que le défaut de S de mitiger sa perte n'était pas justifié. Cela signifie qu'il doit établir, suivant la prépondérance des probabilités, (1) que S avait eu une possibilité de mitiger la perte et (2) que le défaut de S de se prévaloir de cette possibilité n'était pas justifié. La conclusion du juge de première instance selon laquelle le conseil scolaire n'a pas établi que S avait eu une possibilité de mitiger sa perte suffit pour disposer du pourvoi. La preuve appuyait cette conclusion qui n'était entachée d'aucune erreur manifeste et dominante. Le conseil scolaire n'a pas prouvé qu'il se trouvait sur le marché une propriété comparable à celle que S avait tenté d'acquérir. Ni le témoignage de l'expert cité par l'intimé ni la preuve des acquisitions faites par d'autres filiales de la société mère de S n'ont établi que S pouvait trouver une propriété comparable.

De plus, S ne pouvait agir de façon injustifiée en faisant défaut de mitiger sa perte parce qu'elle était justifiée de maintenir son action en exécution intégrale. Le dépôt d'une demande d'exécution intégrale n'est pas compatible avec l'acquisition d'un bien de substitution. Le demandeur qui agit raisonnablement ne peut réclamer l'exécution intégrale du contrat et en même temps mitiger sa perte éventuelle. Rien ne permet de conclure que S n'était pas justifiée de maintenir sa demande en justice pour exécution intégrale au lieu de mitiger sa perte. S avait des « motifs équitables, réels et importants » de réclamer l'exécution intégrale du contrat. La propriété se prêtait particulièrement bien aux besoins de S pour la construction d'un complexe résidentiel unifamilial dans la ville de Toronto. La preuve appuyait la prétention selon laquelle aucun terrain de substitution comparable n'était disponible.

En outre, il est difficile de conclure que le défaut de S de mitiger sa perte était injustifié étant donné qu'elle n'avait pas la capacité financière d'acheter sur le marché un terrain de substitution.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Sharpe, Blair et MacFarland), 2010 ONCA 310, 104 O.R. (3d) 784, 261 O.A.C. 108, 319 D.L.R. (4th) 349, 93 R.P.R. (4th) 159, 71 B.L.R. (4th) 196, [2010] O.J. No. 1772 (QL), 2010 CarswellOnt 2602, qui a infirmé une décision du juge Spiegel, (2009), 78 R.P.R. (4th) 285, [2009] O.J. No. 428 (QL), 2009 CanLII 3567, 2009 CarswellOnt 494. Pourvoi et pourvoi incident rejetés, la juge en chef McLachlin est dissidente.

J. Thomas Curry, Milton A. Davis et Paul-Erik Veel, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

Andrew M. Robinson, Elizabeth K. Ackman et Andrea Farkouh, pour l'intimé/appelant au pourvoi incident.

Procureurs de l'appelante/intimée au pourvoi incident : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto; Davis Moldaver, Toronto.

Procureurs de l'intimé/appelant au pourvoi incident : Miller Thomson, Toronto.

Her Majesty the Queen v. GlaxoSmithKline Inc. (F.C.) (33874)

Indexed as: Canada v. GlaxoSmithKline Inc. / Répertoire : Canada c. GlaxoSmithKline Inc.

Neutral citation: 2012 SCC 52 / Référence neutre : 2012 CSC 52

Hearing: January 13, 2012 / Judgment: October 18, 2012

Audition : Le 13 janvier 2012 / Jugement : Le 18 octobre 2012

Present: McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

Taxation — Income Tax — Transfer Pricing — Taxpayer manufacturing and marketing patented and trademarked drug pursuant to Licence Agreement — Taxpayer purchasing active pharmaceutical ingredient pursuant to separate Supply Agreement with related non-resident company — Minister of National Revenue reassessing taxpayer by increasing its income on basis that taxpayer had overpaid non-arm's length supplier for purchase of drug ingredient — Minister not considering effect of Licence Agreement on reasonableness of price paid for ingredient under Supply Agreement — What circumstances are to be taken into account in determining reasonable arm's length price against which to compare non-arm's length transfer price — Whether Licence Agreement is a circumstance to be taken into account — Whether Federal Court of Appeal erred in remitting matter to Tax Court for rehearing and reconsideration — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 69(2).

Between 1990 and 1993, the respondent, GlaxoSmithKline Inc. (“Glaxo Canada”), purchased ranitidine, the active pharmaceutical ingredient in the brand name anti-ulcer drug Zantac, from Adechsa S.A., a related non-resident company, for between \$1,512 and \$1,651 per kilogram. During the same period, two Canadian generic pharmaceutical companies, Apotex Inc. and Novopharm Ltd. purchased ranitidine from other sources for use in their generic anti-ulcer drugs for between \$194 and \$304 per kilogram from arm's length suppliers.

A Licence Agreement conferred rights and benefits on Glaxo Canada and a Supply Agreement set the transfer prices of ranitidine. The combined effect of the Licence and Supply agreements enabled Glaxo Canada, among other things, to purchase ranitidine, put it in a delivery mechanism, and market it under the trademark Zantac.

The appellant, Minister of National Revenue reassessed Glaxo Canada for the taxation years 1990, 1991, 1992, and 1993 pursuant to the then applicable s. 69(2) of the Act (now s. 247(2)) on the basis that the prices it paid for ranitidine, were greater than an amount that would have been reasonable in the circumstances had they been dealing at arm's length. Glaxo Canada appealed to the Tax Court of Canada, where, with one minor revision, the reassessment was upheld on the basis that the Licence and Supply agreements were to be considered independently. The Federal Court of Appeal allowed the appeal and remitted the matter back to the Tax Court for redetermination of the “reasonable amount” payable for Glaxo Canada's ranitidine transactions.

Held: The appeal and cross-appeal should be dismissed.

Section 69(2) requires the court to determine whether the transfer price was greater than the amount that would have been reasonable in the circumstances, had the parties been dealing at arm's length. If transactions other than the purchasing transaction are relevant in determining this question, they must not be ignored. Section 69(2) does not, itself, offer guidance as to how to determine the “reasonable amount” that would have been payable had the parties been dealing at arm's length. The OECD's 1979 *Guidelines* and the OECD's 1995 *Guidelines* are not controlling as if they were a Canadian statute. However, they suggest a number of methods for determining whether transfer prices are consistent with prices determined between parties dealing at arm's length.

A proper application of the arm's length principle requires that regard be had for the “economically relevant characteristics” of the arm's length and non-arm's length circumstances to ensure they are “sufficiently comparable.” Where there are no related transactions or where related transactions are not relevant to the determination of the reasonableness of the price in issue, a transaction-by-transaction approach may be appropriate. However, “economically relevant characteristics of the situations being compared” may make it necessary to consider other transactions that impact the transfer price under consideration. In each case it is necessary to address this question by considering the relevant circumstances and if required, transactions other than the purchasing transactions must be taken into account.

Such circumstances will include agreements that may confer rights and benefits in addition to the purchase of property where those agreements are linked to the purchasing agreement. The objective is to determine what an arm's length purchaser would pay for the property and the rights and benefits together where the rights and benefits are linked to the price paid for the property. However, transfer pricing is not an exact science and it is highly unlikely that any comparisons will yield identical circumstances and the court will be required to exercise its best informed judgment in establishing a satisfactory arm's length price.

In this case, Glaxo Canada was paying for at least some of the rights and benefits under the Licence Agreement as part of the purchase prices for ranitidine from Adechsa. As such, the Licence Agreement could not be ignored in determining the reasonable amount paid to Adechsa under s. 69(2), which applies not only to payment for goods but also to payment for services. Considering the Licence and Supply Agreements together offers a realistic picture of the profits of Glaxo Canada. The prices paid by Glaxo Canada to Adechsa were a payment for a bundle of at least some rights and benefits under the Licence Agreement and product under the Supply Agreement. The generic comparators used by the Tax Court do not reflect the economic and business reality of Glaxo Canada and, at least without adjustment, do not indicate the price that would be reasonable in the circumstances, had Glaxo Canada and Adechsa been dealing at arm's length. It is only after identifying the circumstances arising from the Licence Agreement that are linked to the Supply Agreement that arm's length comparisons under any of the OECD methods or other methods may be determined.

The assumption that the prices paid by Glaxo Canada for ranitidine were greater than the amount that would have been reasonable in the circumstances had Glaxo Canada and Adechsa been dealing at arm's length, has not been demolished. As found by the Federal Court of Appeal, the matter should be remitted to the Tax Court to be redetermined, having regard to the effect of the Licence Agreement on the prices paid by Glaxo Canada for the supply of ranitidine from Adechsa. Whether or not compensation for intellectual property rights is justified in this particular case, is a matter for determination by the Tax Court.

APPEAL AND CROSS-APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Nadon, Layden-Stevenson and Stratas J.J.A.), 2010 FCA 201, 405 N.R. 307, 2010 D.T.C. 5124, [2010] 6 C.T.C. 220, [2010] F.C.J. No. 953 (QL), 2010 CarswellNat 2409, setting aside a decision of Rip A.C.J., 2008 TCC 324, 2008 D.T.C. 3957, [2008] T.C.J. No. 249 (QL), 2008 CarswellNat 1666. Appeal and cross-appeal dismissed.

Wendy Burnham, Eric Noble and Karen Janke-Curliss, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Al Meghji, Joseph M. Steiner, Amanda Heale and Pooja Samtani, for the respondent/appellant on cross-appeal.

Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

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

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Prix de transfert — Fabrication et distribution par un contribuable d'un médicament breveté et portant une marque de commerce en vertu d'un contrat de licence — Achat par le contribuable d'un ingrédient pharmaceutique actif en vertu d'un contrat de fourniture distinct conclu avec une société affiliée non-résidente — Établissement par le ministre du Revenu national d'une nouvelle cotisation visant le contribuable et ayant pour effet d'augmenter le revenu de celui-ci parce qu'il aurait versé à un fournisseur avec lequel il a un lien de dépendance une somme trop élevée pour acheter l'ingrédient d'un médicament — Défaut par le ministre de tenir compte de l'incidence du contrat de licence sur le caractère raisonnable du prix payé pour l'ingrédient aux termes du contrat de fourniture — Quelles sont les circonstances à prendre en compte dans la détermination du prix raisonnable de pleine concurrence avec lequel peut être comparé le prix de transfert qui n'a pas été établi dans des conditions de pleine concurrence? — Le contrat de licence est-il de circonstance dont il faut tenir compte? — La Cour d'appel fédérale a-t-elle eu tort de renvoyer l'affaire à la Cour de l'impôt pour nouvelle audience et réexamen? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 69(2).

De 1990 à 1993, l'intimée, GlaxoSmithKline Inc. (« Glaxo Canada »), a acheté de la ranitidine — l'ingrédient pharmaceutique actif d'un médicament antiulcéreux commercialisé sous la marque nominale Zantac — de Adechsa S.A., une société affiliée non-résidente, à des prix variant entre 1 512 \$ et 1 651 \$ le kilogramme. Durant la même période, deux sociétés pharmaceutiques canadiennes fabriquant des produits génériques, à savoir Apotex Inc. et Novopharm Ltd., ont acheté auprès de fournisseurs avec lesquels elles n'avaient pas de lien de dépendance de la ranitidine à des prix variant entre 194 \$ et 304 \$ le kilogramme pour leurs médicaments antiulcéreux génériques.

Un contrat de licence concédait à Glaxo Canada certains droits et avantages et un contrat de fourniture fixait les prix de transfert de la ranitidine. L'effet combiné du contrat de licence et du contrat de fourniture permettait entre autres à Glaxo Canada d'acheter de la ranitidine, de la soumettre à un processus permettant son administration et de la commercialiser sous la marque de commerce Zantac.

L'appelant, le ministre du Revenu national, a établi à l'égard de Glaxo Canada de nouvelles cotisations pour les années d'imposition 1990, 1991, 1992 et 1993, en vertu de la version applicable alors du par. 69(2) de la Loi (maintenant le par. 247(2)), parce que les prix payés par cette société pour se procurer de la ranitidine étaient plus élevés que ceux qui auraient été raisonnables dans les circonstances si elle n'avait pas eu de lien de dépendance avec son fournisseur. Glaxo Canada a interjeté appel à la Cour canadienne de l'impôt, qui a confirmé la nouvelle cotisation, sauf pour un ajustement mineur, au motif que le contrat de licence et le contrat de fourniture devaient être examinés séparément. La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel et renvoyé l'affaire à la Cour de l'impôt pour nouvelle détermination du « montant raisonnable » payable dans le cas des opérations effectuées par Glaxo Canada pour acquérir de la ranitidine.

Arrêt : Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

Le paragraphe 69(2) oblige le tribunal à déterminer si le prix de transfert était supérieur au montant qui aurait été raisonnable dans les circonstances si les parties n'avaient eu aucun lien de dépendance entre elles. S'il existe des opérations autres que l'achat qui sont pertinentes pour trancher cette question, elles ne doivent pas être négligées. Le paragraphe 69(2) ne donne pas en soi d'indications sur la façon de déterminer le « montant raisonnable » qui aurait été payable si les parties n'avaient eu aucun lien de dépendance. Les *Principes* de 1979 de l'OCDE ainsi que les *Principes* de 1995 de cette même organisation n'ont pas la même force contraignante qu'une loi canadienne. En revanche, ils proposent un certain nombre de méthodes pour déterminer si des prix de transfert sont compatibles avec ceux dont ont convenu des parties n'ayant aucun lien de dépendance.

Pour bien appliquer le principe de pleine concurrence, il est nécessaire de tenir compte des « caractéristiques économiques » des opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance pour s'assurer que ces caractéristiques sont « suffisamment comparables ». Lorsqu'il n'y a pas d'opération liée, ou lorsque les opérations liées ne sont pas pertinentes dans la détermination du caractère raisonnable du prix en cause, la méthode transaction par transaction peut convenir. Toutefois, « les caractéristiques économiques des situations prises en compte » peuvent rendre nécessaire l'examen d'autres opérations ayant une incidence sur le prix de transfert en cause. Dans chaque cas, il est nécessaire d'aborder cette question à la lumière des circonstances pertinentes et, au besoin, d'autres opérations que les opérations d'achat pourraient devoir être prises en compte.

Parmi ces circonstances, mentionnons les ententes susceptibles de conférer des droits et des avantages en sus du bien acheté, lorsque ces ententes sont liées au contrat d'achat. L'objectif de cet examen consiste à déterminer ce qu'un acheteur sans lien de dépendance paierait à la fois pour le bien et pour de tels droits et avantages lorsqu'il existe un lien entre ceux-ci et le prix payé pour le bien en question. Toutefois, la fixation de prix de transfert n'est pas une science exacte et, comme il est fort peu probable que, quelle que soit la situation comparable choisie, celle-ci présente des circonstances identiques, le tribunal devra exercer un jugement éclairé pour établir un prix de pleine concurrence satisfaisant.

En l'espèce, une partie des prix d'achat versés par Glaxo Canada à Adechsa pour la ranitidine servait de contrepartie pour au moins certains des droits et avantages conférés par le contrat de licence. Par conséquent, le tribunal ne pouvait pas faire abstraction du contrat de licence lorsqu'il déterminait le montant raisonnable qui devait être payé à Adechsa au sens du par. 69(2), lequel s'applique non seulement aux paiements faits pour des biens mais

également à ceux faits pour des services. L'examen corrélatif du contrat de licence et du contrat de fourniture permet de brosser un tableau réaliste des bénéfices réalisés par Glaxo Canada. Les prix payés par Glaxo Canada à Adechsa l'étaient en contrepartie d'un ensemble de choses, à savoir au moins un certain nombre de droits et avantages prévus par le contrat de licence et le produit visé par le contrat de fourniture. Les comparaisons faites par la Cour de l'impôt avec les fabricants de produits pharmaceutiques génériques ne correspondent pas à la réalité économique et commerciale de Glaxo Canada et, à tout le moins à défaut d'ajustements, ne permettent pas de déterminer si le prix qui aurait été raisonnable dans les circonstances si Glaxo Canada et Adechsa n'avaient pas eu de lien de dépendance. C'est uniquement après avoir dégagé les circonstances relatives au contrat de licence qui peuvent être rattachées au contrat de fourniture que des comparaisons au regard de situations de libre concurrence peuvent être effectuées au moyen de l'une ou l'autre des méthodes proposées par l'OCDE, ou de toute autre méthode.

L'hypothèse suivant laquelle les prix que Glaxo Canada a payés pour se procurer de la ranitidine étaient plus élevés que ceux qui auraient été raisonnables dans les circonstances si Adechsa et elle n'avaient pas eu de lien de dépendance entre elles n'a pas été démolie. Comme a conclu la Cour d'appel fédérale, l'affaire doit être renvoyée à la Cour de l'impôt pour qu'elle réexamine la question en tenant compte de l'incidence du contrat de licence sur les prix payés par Glaxo Canada pour se procurer de la ranitidine auprès d'Adechsa. C'est à la Cour de l'impôt qu'il appartiendra de décider s'il est justifié ou non en l'espèce de reconnaître l'existence d'une contrepartie pour les droits de propriété intellectuelle.

POURVOI ET POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Nadon, Layden-Stevenson et Stratas), 2010 CAF 201, 405 N.R. 307, 2010 D.T.C. 5124, [2010] 6 C.T.C. 220, [2010] A.C.F. n° 953 (QL), 2010 CarswellNat 5563, qui a infirmé une décision du juge en chef adjoint Rip, 2008 CCI 324, 2008 D.T.C. 3957, [2008] A.C.I. n° 249 (QL), 2008 CarswellNat 1666. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Wendy Burnham, Eric Noble et Karen Janke-Curliss, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

Al Meghji, Joseph M. Steiner, Amanda Heale et Pooja Samtani, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident.

Procureur de l'appelante/intimée au pourvoi incident : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Her Majesty the Queen v. Richard Cole (Ont.) (34268)

Indexed as: R. v. Cole / Répertoire : R. c. Cole

Neutral citation: 2012 SCC 53 / Référence neutre : 2012 CSC 53

Hearing: May 15, 2012 / Judgment: October 19, 2012

Audition : Le 15 mai 2012 / Jugement : Le 19 octobre 2012

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell and Moldaver JJ.

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Information contained on computer — Pornographic pictures of child found on employer-issued work computer — Whether accused had reasonable expectation of privacy in employer-issued work computer — Whether warrantless search and seizure of laptop computer and disc containing Internet files breached accused's rights under s. 8 of Charter — If so, whether evidence ought to be excluded pursuant to s. 24(2) of Charter.

The accused, a high-school teacher, was charged with possession of child pornography and unauthorized use of a computer. He was permitted to use his work-issued laptop computer for incidental personal purposes which he did. While performing maintenance activities, a technician found on the accused's laptop a hidden folder containing nude and partially nude photographs of an underage female student. The technician notified the principal, and copied the photographs to a compact disc. The principal seized the laptop, and school board technicians copied the temporary Internet files onto a second disc. The laptop and both discs were handed over to the police, who without a warrant reviewed their contents and then created a mirror image of the hard drive for forensic purposes. The trial judge excluded all of the computer material pursuant to ss. 8 and 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The summary conviction appeal court reversed the decision, finding that there was no s. 8 breach. The Court of Appeal for Ontario set aside that decision and excluded the disc containing the temporary Internet files, the laptop and the mirror image of its hard drive. The disc containing the photographs of the student was found to be legally obtained and therefore admissible. As the trial judge had wrongly excluded this evidence, the Court of Appeal ordered a new trial.

Held (Abella J. dissenting): The appeal should be allowed. The exclusionary order of the Court of Appeal is set aside and the order of a new trial is affirmed.

Per McLachlin C.J., and LeBel, Fish, Rothstein, Cromwell and Moldaver JJ.: Computers that are reasonably used for personal purposes — whether found in the workplace or the home — contain information that is meaningful, intimate, and touching on the user's biographical core. Canadians may therefore reasonably expect privacy in the information contained on these computers, at least where personal use is permitted or reasonably expected. Ownership of property is a relevant consideration, but is not determinative. Workplace policies are also not determinative of a person's reasonable expectation of privacy. Whatever the policies state, one must consider the totality of the circumstances in order to determine whether privacy is a reasonable expectation in the particular situation. While workplace policies and practices may diminish an individual's expectation of privacy in a work computer, these sorts of operational realities do not in themselves remove the expectation entirely. A reasonable though diminished expectation of privacy is nonetheless a reasonable expectation of privacy, protected by s. 8 of the *Charter*. Accordingly, it is subject to state intrusion only under the authority of a reasonable law.

The police in this case infringed the accused's rights under s. 8 of the *Charter*. The accused's personal use of his work-issued laptop generated information that is meaningful, intimate, and organically connected to his biographical core. Pulling in the other direction are the ownership of the laptop by the school board, the workplace policies and practices, and the technology in place at the school. These considerations diminished the accused's privacy interest in his laptop, at least in comparison to a personal computer, but they did not eliminate it entirely. On balance, the totality of the circumstances support the objective reasonableness of the accused's subjective expectation of privacy. While the principal had a statutory duty to maintain a safe school environment, and, by necessary implication, a reasonable power to seize and search a school-board issued laptop, the lawful authority of the accused's employer to seize and search the laptop did not furnish the police with the same power. Furthermore, a third party cannot validly consent to a search or otherwise waive a constitutional protection on behalf of another. The school board was legally entitled to inform the police of its discovery of contraband on the laptop. This would doubtless have permitted the police to obtain a warrant to search the computer for the contraband. But receipt of the computer from the

school board did not afford the police warrantless access to the personal information contained within it. This information remained subject, at all relevant times, to the accused's reasonable and subsisting expectation of privacy.

Unconstitutionally obtained evidence should be excluded under s. 24(2) if, considering all of the circumstances, its admission would bring the administration of justice into disrepute. The conduct of the police officer in this case was not an egregious breach of the *Charter*. While the police officer did attach great importance to the school board's ownership of the laptop, he did not do so to the exclusion of other considerations. The officer sincerely, though erroneously, considered the accused's *Charter* interests. Further, the officer had reasonable and probable grounds to obtain a warrant. Had he complied with the applicable constitutional requirements, the evidence would necessarily have been discovered. Finally, the evidence is highly reliable and probative physical evidence. The exclusion of the material would have a marked negative impact on the truth-seeking function of the criminal trial process. The admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute and therefore the evidence should not be excluded.

Generally speaking, the decision to exclude evidence under s. 24(2) should be final. In very limited circumstances however, a material change of circumstances may justify a trial judge to revisit an exclusionary order. In this case, the Court of Appeal invited the trial judge to re-assess the admissibility of the temporary Internet files disc if the evidence becomes important to the truth-seeking function as the trial unfolds. Unconstitutionally obtained evidence, once excluded, will not become admissible simply because the Crown cannot otherwise satisfy its burden to prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt.

Per Abella J. (dissenting): While it is agreed that there has been a *Charter* breach, the evidence in this case should be excluded under s. 24(2). The *Charter*-infringing conduct in this case was serious in its disregard for central and well-established *Charter* standards. The police officer had years of experience in investigating cyber-crime and was expected to follow established *Charter* jurisprudence. Further, the police officer's exclusive reliance on ownership to determine whether a warrant was required, was unreasonable and contradicted a finding of good faith for the purposes of s. 24(2). There were also no exigent circumstances or other legitimate reasons preventing the police from getting a warrant. The decision not to get a warrant mandates in favour of exclusion.

The impact of the breach on the accused's *Charter*-protected interests, even assuming that his reasonable expectation of privacy was reduced because it was a workplace computer, was significant given the extent of the intrusion into his privacy. The warrantless search and seizure in this case included the entire contents of the accused's computer. It had no restrictions as to scope. The extent of the search of the accused's hard drive and browsing history was significant and weighs in favour of exclusion.

Finally, while the evidence in this case is reliable, its importance to the prosecution's case is at best speculative given that the pornographic photographs themselves were admitted.

Balancing these factors, and in light of the deference owed to trial judges in applying s. 24(2), the evidence should be excluded.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Winkler C.J.O. and Sharpe and Karakatsanis J.J.A.), 2011 ONCA 218, 105 O.R. (3d) 253, 277 O.A.C. 50, 231 C.R.R. (2d) 76, 269 C.C.C. (3d) 402, 83 C.R. (6th) 1, [2011] CLC ¶210-018, 90 C.C.E.L. (3d) 1, [2011] O.J. No. 1213 (QL), 2011 CarswellOnt 1766, setting aside a decision of Kane J., 190 C.R.R. (2d) 130, 2009 CanLII 20699, [2009] O.J. No. 1755 (QL), 2009 CarswellOnt 2251, setting aside a decision of Guay J., 2008 ONCJ 278, 175 C.R.R. (2d) 263, [2008] O.J. No. 2417 (QL), 2008 CarswellOnt 3601. Appeal allowed, Abella J. dissenting.

Amy Alyea and Frank Au, for the appellant.

Frank Addario, Gerald Chan and Nader R. Hasan, for the respondent.

Ronald C. Reimer and Monique Dion, for the intervener the Director of Public Prosecutions.

Dominique A. Jobin and Gilles Laporte, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Jonathan Dawe and Michael Dineen, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Jonathan C. Lisus and Michael Perlin, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Daniel Michaluk and Joseph Cohen-Lyons, for the intervener the Canadian Association of Counsel to Employers.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: Addario Law Group, Toronto; Ruby Shiller Chan, Toronto.

Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions: Public Prosecution Service of Canada, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Dawe & Dineen, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Lax O'Sullivan Scott Lisus, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Counsel to Employers: Hicks Morley Hamilton Stewart Storie, Toronto.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits – Fouilles, perquisitions et saisies — Informations contenues dans un ordinateur — Photographies pornographiques d'une enfant trouvées dans un ordinateur fourni par l'employeur — L'accusé avait-il des attentes raisonnables en matière de vie privée à l'égard d'un ordinateur de travail fourni par l'employeur? — La fouille et la saisie sans mandat d'un ordinateur portable et d'un disque contenant des fichiers Internet ont-elles porté atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 8 de la Charte? — Le cas échéant, les éléments de preuve doivent-ils être exclus en application du par. 24(2) de la Charte?

L'accusé, un enseignant dans une école secondaire, a été accusé de possession de pornographie juvénile et d'utilisation non autorisée d'un ordinateur. Il était autorisé à utiliser accessoirement l'ordinateur portable fourni pour son travail à des fins personnelles, ce qu'il a fait. Un technicien qui effectuait des travaux de maintenance a trouvé dans l'ordinateur portable de M. Cole un dossier caché contenant des photographies d'une élève nue et partiellement nue, cette élève n'ayant pas l'âge fixé. Le technicien en a informé le directeur de l'école et a copié les photographies sur un disque compact. Le directeur a saisi l'ordinateur portable, et les techniciens du conseil scolaire ont copié les fichiers Internet temporaires sur un second disque. L'ordinateur portable et les deux disques ont été remis à la police qui, sans avoir obtenu un mandat, a examiné leur contenu et a ensuite créé une image miroir du disque dur pour expertise judiciaire. Le juge du procès a exclu tout le matériel informatique en vertu de l'art. 8 et du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La cour d'appel en matière de poursuites sommaires a infirmé la décision du juge du procès et conclu qu'il n'y avait pas eu violation de l'art. 8. La Cour d'appel de l'Ontario a annulé cette décision et a exclu de la preuve le disque comportant les fichiers Internet temporaires, l'ordinateur portable et l'image miroir de son disque dur. Elle a conclu que le disque contenant les photographies de l'élève avait été obtenu légalement et qu'il était donc admissible. Étant donné que le juge du procès avait écarté à tort cet élément de preuve, la Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est accueilli. L'ordonnance d'exclusion prononcée par la cour d'appel est annulée et l'ordonnance visant la tenue d'un nouveau procès est confirmée.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Rothstein, Cromwell et Moldaver : Les ordinateurs utilisés d'une manière raisonnable à des fins personnelles — qu'ils se trouvent au travail ou à la maison — contiennent des renseignements qui sont significatifs, intimes et qui ont trait à l'ensemble des renseignements biographiques de l'utilisateur. Les Canadiens peuvent donc raisonnablement s'attendre à la protection de leur vie privée à l'égard des renseignements contenus dans ces ordinateurs, du moins lorsque leur utilisation à des fins personnelles est permise ou raisonnablement prévue. La propriété d'un bien est une considération pertinente mais elle n'est pas déterminante. Les politiques de l'employeur ne sont pas, elles non plus, déterminantes quant à l'attente raisonnable d'une personne en matière de respect de sa vie privée. Quoique prescrivent les politiques, il faut examiner l'ensemble des circonstances afin de déterminer si le respect de la vie privée constitue une attente raisonnable dans ce contexte particulier. Bien que les politiques et les pratiques en vigueur dans le milieu de travail puissent réduire l'attente du particulier en matière de respect de sa vie privée à l'égard d'un ordinateur de travail, les réalités opérationnelles de ce genre ne font pas à elles seules disparaître complètement l'attente. Une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, quoique réduite, n'en demeure pas moins une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée protégée par l'art. 8 de la *Charte*. Par conséquent, elle ne peut faire l'objet de l'ingérence de l'État qu'en vertu d'une loi raisonnable.

En l'espèce, la police a porté atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 8 de la *Charte*. L'utilisation à des fins personnelles, par l'accusé, de l'ordinateur portable fourni pour son travail engendrait des renseignements qui sont significatifs, intimes et reliés organiquement à l'ensemble de ses renseignements biographiques. À l'opposé, on trouve le droit de propriété sur l'ordinateur portable détenu par le conseil scolaire, les politiques et les pratiques en vigueur dans le milieu de travail, ainsi que la technologie en place à l'école. Ces considérations réduisaient le droit de l'accusé au respect de sa vie privée à l'égard de son ordinateur portable, du moins par comparaison avec un ordinateur personnel, mais elles ne l'éliminaient pas complètement. Tout compte fait, l'ensemble des circonstances étayent le caractère raisonnable, sur le plan objectif, de l'attente subjective de l'accusé en matière de respect de sa vie privée. Même si le directeur avait l'obligation légale de maintenir un milieu d'apprentissage sécuritaire et, par voie de conséquence logique, le pouvoir raisonnable de saisir et de fouiller un ordinateur portable fourni par le conseil scolaire, le pouvoir légitime de l'employeur de l'accusé de saisir et de fouiller l'ordinateur portable ne conférait pas à la police le même pouvoir. En outre, un tiers ne peut donner un consentement valide à une fouille ou autrement renoncer à une garantie constitutionnelle pour le compte d'une autre personne. Le conseil scolaire avait légalement le droit d'informer la police de sa découverte de documents illicites dans l'ordinateur portable. Cela aurait sans aucun doute permis à la police d'obtenir un mandat pour fouiller l'ordinateur afin d'y trouver les documents illicites. Cependant, la remise de l'ordinateur par le conseil scolaire ne permettait pas à la police d'accéder sans mandat aux renseignements personnels qu'il renfermait. Ces renseignements restaient assujettis, à tous les moments considérés, à l'attente raisonnable et durable de l'accusé en matière de respect de sa vie privée.

Les éléments de preuve obtenus inconstitutionnellement devraient être écartés conformément au par. 24(2) si, eu égard à toutes les circonstances, leur utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La conduite du policier en l'espèce ne constituait pas une violation tout à fait inacceptable de la *Charte*. Bien que le policier ait accordé beaucoup d'importance au fait que l'ordinateur portable appartenait au conseil scolaire, il n'a pas pour autant exclu d'autres considérations. Le policier a sincèrement, bien qu'erronément, pris en considération les droits garantis par la *Charte* à l'accusé. Qui plus est, le policier avait les motifs raisonnables et probables requis pour obtenir un mandat. S'il s'était conformé aux exigences constitutionnelles applicables, la preuve aurait forcément été découverte. Enfin, les éléments de preuve constituent une preuve matérielle probante et très fiable. L'exclusion du matériel aurait une incidence négative marquée sur la fonction de recherche de la vérité que remplit le procès criminel. L'utilisation de la preuve ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et par conséquent, la preuve ne devrait pas être exclue.

En règle générale, la décision d'écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) devrait être définitive. Cependant, dans des circonstances très limitées, des changements notables dans les circonstances peuvent justifier que le juge du procès réexamine une ordonnance d'exclusion. En l'espèce, la Cour d'appel a invité le juge du procès à réévaluer l'admissibilité du disque comportant les fichiers Internet temporaires si cet élément de preuve devient important pour la fonction de recherche de la vérité au fil du procès. Les éléments de preuve obtenus inconstitutionnellement, une fois écartés, ne deviendront pas admissibles tout simplement parce que le ministère public ne pourrait autrement s'acquitter du fardeau qui lui incombe de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable.

La juge Abella (dissidente): Bien que nul ne conteste qu'il y a eu violation de la *Charte*, les éléments de preuve en l'espèce devraient être exclus aux termes du par. 24(2). En l'espèce, la conduite attentatoire était grave parce que le policier a fait fi des normes fondamentales et bien établies relatives à la *Charte*. Le policier comptait plusieurs années d'expérience des enquêtes dans le domaine de la cybercriminalité et était censé se conformer à la jurisprudence constitutionnelle établie. De plus, le fait pour le policier de s'en remettre exclusivement au droit de propriété pour déterminer si un mandat était requis était déraisonnable ne saurait être invoqué pour justifier sa bonne foi aux fins du par. 24(2). Il n'y avait pas non plus de situation d'urgence ou d'autres motifs légitimes qui empêchaient la police d'obtenir un mandat. La décision de ne pas obtenir de mandat milite en faveur de l'exclusion.

L'incidence de l'atteinte aux droits que la *Charte* garantit à l'accusé, même si l'on suppose que son attente raisonnable en matière de vie privée était réduite parce qu'il s'agissait d'un ordinateur de travail, était importante vu l'ampleur de l'intrusion dans sa vie privée. La fouille et la saisie sans mandat en l'espèce visaient la totalité du contenu de l'ordinateur de l'accusé. Il n'y avait aucune restriction quant à leur étendue. La portée de la fouille du disque dur de l'accusé et de son historique de navigation était importante, ce qui favorise l'exclusion.

Enfin, bien que les éléments de preuve en l'espèce soient fiables, leur importance pour la poursuite est tout au plus conjecturale étant donné que les photographies pornographiques elles-mêmes ont été admises.

Après avoir soupesé ces facteurs, et compte tenu de la déférence accordée aux juges de première instance en ce qui a trait à l'application du par. 24(2), les éléments de preuve devraient être exclus.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Winkler et les juges Sharpe et Karakatsanis), 2011 ONCA 218, 105 O.R. (3d) 253, 277 O.A.C. 50, 231 C.R.R. (2d) 76, 269 C.C.C. (3d) 402, 83 C.R. (6th) 1, [2011] CLLC ¶210-018, 90 C.C.E.L. (3d) 1, [2011] O.J. No. 1213 (QL), 2011 CarswellOnt 1766, qui a infirmé une décision du juge Kane, 190 C.R.R. (2d) 130, 2009 CanLII 20699, [2009] O.J. No. 1755 (QL), 2009 CarswellOnt 2251, qui a infirmé une décision du juge Guay, 2008 ONCJ 278, 175 C.R.R. (2d) 263, [2008] O.J. No. 2417 (QL), 2008 CarswellOnt 3601. Pourvoi accueilli, la juge Abella est dissidente.

Amy Alyea et Frank Au, pour l'appelante.

Frank Addario, Gerald Chan et Nader R. Hasan, pour l'intimé.

Ronald C. Reimer et Monique Dion, pour l'intervenant le directeur des poursuites pénales.

Dominique A. Jobin et Gilles Laporte, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Jonathan Dawe et Michael Dineen, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Jonathan C. Lisus et Michael Perlin, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Daniel Michaluk et Joseph Cohen-Lyons, pour l'intervenante Canadian Association of Counsel to Employers.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Addario Law Group, Toronto; Ruby Shiller Chan, Toronto.

Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites pénales : Service des poursuites pénales du Canada, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Dawe & Dineen, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Lax O'Sullivan Scott Lisus, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Canadian Association of Counsel to Employers : Hicks Morley Hamilton Stewart Storie, Toronto.

SUPREME COURT OF CANADA SCHEDULE / CALENDRIER DE LA COUR SUPREME

- 2012 -

OCTOBER - OCTOBRE						
S D	M L	T M	W M	T J	F V	S S
	1	2	3	4	5	6
7	H 8	M 9		11	12	13
14	15	16	17	18	19	20
21	22	23	24	25	26	27
28	29	30	31			

NOVEMBER - NOVEMBRE						
S D	M L	T M	W M	T J	F V	S S
				1	2	3
4	M 5	6	7	8	9	10
11	H 12	13	14	15	16	17
18	19	20	21	22	23	24
25	26	27	28	29	30	

DECEMBER - DÉCEMBRE						
S D	M L	T M	W M	T J	F V	S S
						1
2	M 3	4	5	6	7	8
9	10	11	12	13	14	15
16	17	18	19	20	21	22
23 30	24 31	H 25	26	27	28	29

- 2013 -

JANUARY - JANVIER						
S D	M L	T M	W M	T J	F V	S S
		H 1	2	3	4	5
6	7	8	9	10	11	12
13	M 14	15	16	17	18	19
20	21	22	23	24	25	26
27	28	29	30	31		

FEBRUARY - FÉVRIER						
S D	M L	T M	W M	T J	F V	S S
					1	2
3	4	5	6	7	8	9
10	M 11	12	13	14	15	16
17	18	19	20	21	22	23
24	25	26	27	28		

MARCH - MARS						
S D	M L	T M	W M	T J	F V	S S
					1	2
3	4	5	6	7	8	9
10	11	12	13	14	15	16
17	M 18	19	20	21	22	23
24 31	25	26	27	28	H 29	30

APRIL - AVRIL						
S D	M L	T M	W M	T J	F V	S S
	H 1	2	3	4	5	6
7	8	9	10	11	12	13
14	M 15	16	17	18	19	20
21	22	23	24	25	26	27
28	29	30				

MAY - MAI						
S D	M L	T M	W M	T J	F V	S S
			1	2	3	4
5	6	7	8	9	10	11
12	M 13	14	15	16	17	18
19	H 20	21	22	23	24	25
26	27	28	29	30	31	

JUNE - JUIN						
S D	M L	T M	W M	T J	F v	s s
						1
2	3	4	5	6	7	8
9	M 10	11	12	13	14	15
16	17	18	19	20	21	22
23 30	24	25	26	27	28	29

Sittings of the court:
Séances de la cour :

Motions:
Requêtes :

Holidays:
Jours fériés :

M
H

- 18** sitting weeks/semaines séances de la cour
- 87** sitting days/journées séances de la cour
- 9** motion and conference days/ journées des requêtes et des conférences
- 3** holidays during sitting days/jours fériés durant les sessions