



## 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.ca](http://www.scc-csc.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.ca](http://www.scc-csc.ca)*

---

Jun 23, 2017

1005 - 1038

Le 23 juin 2017

---

**CONTENTS**

---

**TABLE DES MATIÈRES**

---

Applications for leave to appeal filed	1005	Demandes d'autorisation d'appel déposées
Applications for leave submitted to Court since last issue	1006	Demandes soumises à la Cour depuis la dernière parution
Judgments on applications for leave	1007 - 1019	Jugements rendus sur les demandes d'autorisation
Motions	1020	Requêtes
Notices of appeal filed since last issue	1021 - 1022	Avis d'appel déposés depuis la dernière parution
Pronouncements of appeals reserved	1023 - 1024	Jugements rendus sur les appels en délibéré
Headnotes of recent judgments	1025 - 1038	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**

---

**David Alexander Parsons**  
David Alexander Parsons  
  
v. (37610)

**The Law Society of British Columbia (B.C.)**  
Michael Kleisinger  
Law Society of British Columbia

FILING DATE: 30.12.2016  
\_\_\_\_\_

**Pavol Forgac**  
Pavol Forgac  
  
v. (37611)

**Bombardier Inc. (Que.)**  
Claudia Desjardins Belisle  
Miller Thomson s.e.n.c.r.l., s.r.l.

FILING DATE : 07.04.2017  
\_\_\_\_\_

**International Brotherhood of Electrical  
Workers (IBEW) Local 773 et al.**  
Dan J. Shields  
Shields O'Donnell MacKillop LLP  
  
v. (37617)

**Pamela Lawrence (Ont.)**  
Michael E. Drake  
Chodola Reynolds Binder

FILING DATE: 08.06.2017  
\_\_\_\_\_

**Anita Marianne Dunkers**  
Anita Marianne Dunkers  
  
v. (37618)

**Her Majesty the Queen (B.C.)**  
David Layton  
Ministry of Justice

FILING DATE: 04.05.2017  
\_\_\_\_\_

**King Insurance Finance (Wines) Inc.**  
  
v. (37616)

**Kristin J. Byers et al. (Ont.)**  
Glenn R. Solomon  
Solomon, Grosberg LLP

FILING DATE : 17.03.2017  
\_\_\_\_\_

**Rona inc.**  
Dominic Charles Belley  
Norton Rose Fulbright Canada LLP  
  
c. (37606)

**Ministre du Revenu national (C.F.)**  
Martin Lamoureux  
P.G. du Canada

DATE DE PRODUCTION : 07.06.2017  
\_\_\_\_\_

**Farid Mehanneche**  
Maria Vivas  
Handfield et Associés, Avocats  
  
c. (37316)

**Ministre de la Justice du Canada (Qc)**  
Claudine Dib  
Ministère de la Justice du Canada

DATE DE PRODUCTION : 09.06.2017  
\_\_\_\_\_

**Cash House Inc. et al.**  
Eli Samuel Lederman  
Lenczner Slaght Royce Smith Griffin  
LLP  
  
v. (37619)

**Trade Capital Finance Corp. (Ont.)**  
Peter P.W. Carey  
Loopstra Nixon LLP

FILING DATE: 05.06.2017  
\_\_\_\_\_

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

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

---

**JUNE 19, 2017 / LE 19 JUIN 2017**

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

1. 37543 Jacques Chagnon, ès qualités de Président de l'Assemblée nationale du Québec (Qc) (Civile) (Autorisation) c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec (SFPQ)
2. 37524 Her Majesty the Queen in Right of British Columbia (B.C.) (Civil) (By Leave) v. Philip Morris International, Inc.

**CORAM: Abella, Karakatsanis and Brown JJ.  
Les juges Abella, Karakatsanis et Brown**

3. 37532 Gurpreet Singh Gill (B.C.) (Criminal) (By Leave) v. Her Majesty the Queen

**CORAM: Moldaver, Côté and Rowe JJ.  
Les juges Moldaver, Côté et Rowe**

4. 37497 Justin Carl Wong (B.C.) (Criminal) (By Leave) v. Minister of Justice
5. 37528 Cameron Bell (B.C.) (Civil) (By Leave) v. Ernest Wigmore

**JUDGMENTS ON APPLICATIONS  
FOR LEAVE**

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

---

**JUNE 22, 2017 / LE 22 JUIN 2017**

**37342 Janssen Inc. and The Kennedy Trust for Rheumatology Research v. Hospira Healthcare Corporation, Minister of Health and Attorney General of Canada (F.C.) (Civil) (By Leave)**

**Coram:** McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

The application for leave to appeal from the judgments of the Federal Court of Appeal, Numbers A-143-15 and A-172-15, 2016 FCA 248, dated October 12, 2016, is dismissed with costs.

Intellectual property — Patents — Medicines — Administrative law — Standard of review — *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, s. 5(1) — Generic company filing new drug submission before patent issued on comparison drug — New drug submission nominated Hospira Healthcare Corporation as distributor of generic drug — Minister issuing notice of compliance to Hospira without requiring generic company to address patent — What criteria should inform the choice between reasonableness and correctness standards of review — What factors, if any, should widen or narrow the spectrum of defensible outcomes on a reasonableness standard of review — Is it in accordance with the law and in the public interest that generic drug companies be allowed to avoid addressing patents listed under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*?

In April 2012, Health Canada changed the *Guidance Document: Patented Medicines (Notice of Compliance Regulations)* so that submissions that do not require scientific review would be treated as administrative, would not have to comply with s. 5. On November 14, 2012, Celltrion Healthcare Co. Ltd. filed a new drug submission (“NDS”) seeking approval to market its subsequent entry biologic inflectra, which contained the medicinal ingredient infliximab 100 mg/vial in powder for solution dosage. In its NDS, Celltrion sought to demonstrate similarity between inflectra and remicade, for which Janssen Inc. had not yet received a patent. Celltrion’s NDS nominated Hospira to be the distributor for inflectra. On January 15, 2014, the Minister of Health issued a notice of compliance (“NOC”) to Hospira. Janssen sought judicial review of that decision.

Meanwhile, in *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Health)*, [2014 FC 1243](#), the Federal Court had decided that the Minister’s decision to issue a NOC in relation to an administrative ANDS without requiring the generic company to address the patent for the innovator’s drug was to be reviewed on a correctness standard, and that the decision was incorrect, so it set the Minister’s decision aside. Pfizer sought judicial review of that decision. On consent, and in order to allow the appeals to be heard together, the Federal Court set aside the decision to issue the NOC to Hospira, without prejudice to the right to appeal so that the parties could have the appeals heard together. Teva appealed the former decision (A-27-15), as did the Attorney General of Canada and the Minister of Health (A-28-15). Hospira appealed the latter decision (A-172-15), as did the Attorney General of Canada and the Minister of Health (A-143-15). Those two appeals were also consolidated. The Court of Appeal ordered that both consolidated appeals be heard together. It allowed the appeals, setting aside the judgment of the Federal Court and dismissing the applications for judicial review. Janssen and the Kennedy Trust apply for leave to appeal.

December 19, 2014  
Federal Court  
(Gleason J.)

Minister’s decision granting notice of compliance to Hospira Healthcare Corporation set aside; leave to appeal to Court of Appeal granted, if required

October 12, 2016  
Federal Court of Appeal  
(Dawson, Webb, Rennie JJ.A.)  
[2016 FCA 248](#)

Appeals in A-143-15 and A-172-15 allowed, judgment of Federal Court set aside; applications for judicial review of decision of Minister dismissed

December 9, 2016  
Supreme Court of Canada

Application for leave to appeal filed

---

**37342 Janssen Inc. et The Kennedy Trust for Rheumatology Research c. Corporation de Soins de la Santé Hospira, ministre de la Santé et Procureur général du Canada (C.F.) (Civile) (Sur autorisation)**

**Coram:** La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe

La demande d'autorisation d'appel des arrêts de la Cour d'appel fédérale, numéros A-143-15 et A-172-15, 2016 CAF 248, daté du 12 octobre 2016, est rejetée avec dépens.

Propriété intellectuelle — Brevets — Médicaments — Droit administratif — Norme de contrôle — *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 5(1) — Fabricant de médicaments génériques déposant une présentation de drogue nouvelle avant la délivrance du brevet sur le médicament de comparaison — Hospira Healthcare Corporation nommée distributrice du médicament générique dans la présentation de drogue nouvelle — Avis de conformité délivré à Hospira par le ministre sans qu'il n'oblige le fabricant de médicaments génériques à aborder le brevet — Quels critères devraient guider le choix entre la norme de la décision raisonnable et celle de la décision correcte? — Quels facteurs, s'il en est, devraient élargir ou restreindre le spectre des issues défendables selon la norme de la décision raisonnable? — Est-il conforme à la loi et dans l'intérêt public d'autoriser les fabricants de médicaments génériques à passer sous silence les brevets énumérés dans le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*?

En avril 2012, Santé Canada a modifié la *Ligne directrice : Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* pour que les présentations ne nécessitant pas d'examen scientifique soient traitées comme des documents administratifs et n'aient pas à respecter l'art. 5. Le 14 novembre 2012, Celltrion Healthcare Co. Ltd. a déposé une présentation de drogue nouvelle (« PDN ») pour demander l'autorisation de mettre sur le marché son produit biologique ultérieur inflectra, qui contenait l'ingrédient médicinal infliximab en poudre pour solution en dose de 100 mg/fiole. Dans sa PDN, Celltrion a cherché à démontrer la similitude entre l'inflectra et le remicade, pour laquelle Janssen Inc. n'avait pas encore reçu de brevet. La PDN de Celltrion nommait Hospira distributrice de l'inflectra. Le 15 janvier 2014, le ministre de la Santé a délivré un avis de conformité (« AC ») à Hospira. Janssen a sollicité le contrôle judiciaire de cette décision.

Entre-temps, dans *Pfizer Canada inc. c. Canada (Santé)*, [2014 CF 1243](#), la Cour fédérale avait décidé que la décision du ministre de délivrer une PDN à l'égard d'une PADN administrative sans obliger le fabricant de médicaments génériques à aborder le brevet de la drogue nouvelle devait être révisée selon la norme de la décision correcte, et que la décision en cause était incorrecte. Elle a donc annulé la décision du ministre. Pfizer a demandé le contrôle judiciaire de cette décision. Sur consentement, et afin de permettre que les appels soient instruits ensemble, la Cour fédérale a annulé la décision de délivrer la PDN à Hospira, sans préjudice du droit d'appel pour que les parties puissent faire entendre les appels ensemble. Teva a interjeté appel de la première décision (A-27-15), tout comme le procureur général du Canada et le ministre de la Santé (A-28-15). Hospira a fait appel de la seconde décision (A-172-15), tout comme le procureur général du Canada et le ministre de la Santé (A-143-15). Ces deux appels ont aussi été réunis. La Cour d'appel a ordonné que les deux appels réunis soient entendus ensemble. Elle a fait droit aux appels, annulant le jugement de la Cour fédérale et rejetant les demandes de contrôle judiciaire. Janssen et le Kennedy Trust demandent l'autorisation de se pourvoir en appel.

19 décembre 2014  
Cour fédérale  
(Juge Gleason)

Annulation de la décision du ministre d'accorder l'avis de conformité à Hospira Healthcare Corporation; autorisation d'appel à la Cour d'appel accordée si nécessaire

12 octobre 2016  
Cour d'appel fédérale  
(Juges Dawson, Webb et Rennie)  
[2016 CAF 248](#)

Appels dans les dossiers A-143-15 et A-172-15 accueillis, annulation du jugement de la Cour fédérale; rejet des demandes de contrôle judiciaire visant la décision du ministre

9 décembre 2016  
Cour suprême du Canada

Dépôt de la demande d'autorisation d'appel

---

**37425**     **Barejo Holdings ULC v. Her Majesty the Queen**  
(F.C.) (Civil) (By Leave)

**Coram:**     McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

The application for leave to appeal from the judgment of the Federal Court of Appeal, Numbers A-491-15 and A-492-15, 2016 FCA 304, dated November 29, 2016, is dismissed with costs.

Taxation – Income tax – Applicant and respondent jointly seeking to have the meaning of “debt” defined in order to settle outstanding issues – What is the legal meaning of “debt” for purposes of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.) – Whether Federal Court of Appeal was right to decline to hear a validly-instituted appeal in circumstances where Parliament has conferred to Barejo an appeal as of right and there was no abuse of process.

The parties submitted a pre-hearing question to the Tax Court under Rule 58 of the *Tax Court of Canada Rules (General Procedure)*, S.O.R./90-688a regarding two contracts, entitled “Notes” and issued for \$998 million by affiliates of two Canadian banks and guaranteed by them. The Notes were held by St. Lawrence Trading Inc. (“SLT”), an open-ended investment fund incorporated under the laws of the British Virgin Islands. The question was whether the Notes constituted debt for the purposes of the *Income Tax Act*. The issue raised concerns about whether Barejo Holdings ULC was required to include its share of SLT’s foreign accrual property income pursuant to s. 94.1 of the *Act*. The provision would only apply if the Notes constituted “debt” within the meaning of s. 94.1.

November 4, 2015  
Tax Court of Canada  
(Boyle J.)  
[2015 TCC 274](#)

Determination that two Notes in issue constituted “debt” under the *Income Tax Act*

November 29, 2016  
Federal Court of Appeal  
(Noël C.J., Trudel and Boivin J.J.A.)  
[2016 FCA 304](#)

Appeals dismissed without determining issue on merit

January 27, 2017  
Supreme Court of Canada

Application for leave to appeal file

**37425**      **Barejo Holdings ULC c. Sa Majesté la Reine**  
(C.F.) (Civile) (Sur autorisation)

**Coram:**      La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe

La demande d'autorisation d'appel de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, numéros A-491-15 et A-492-15, 2016 FCA 304, daté du 29 novembre 2016, est rejetée avec dépens.

Droit fiscal – Impôt sur le revenu – Demanderesse et intimée demandant conjointement au tribunal de définir le mot « dette » afin de trancher les questions toujours en suspens – Quel est le sens juridique de « dette » pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5<sup>e</sup> suppl.)? – La Cour d'appel fédérale a-t-elle refusé à juste titre d'entendre un appel interjeté régulièrement dans un cas où le législateur a conféré à Barejo un droit d'appel et il n'y a aucun abus de procédure?

Les parties ont soumis avant l'audience une question à la Cour de l'impôt en vertu de l'article 58 des *Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*, DORS/90-688a, au sujet de deux contrats, intitulés « Billets » et émis pour la somme de 998 millions de dollars par les filiales de deux banques canadiennes et garantis par ces banques. Les Billets étaient détenus par St. Lawrence Trading Inc. (« SLT »), un fonds de placement à capital variable constitué en société sous le régime des lois des îles Vierges britanniques. Il s'agissait de savoir si les Billets constituaient une dette pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La question a suscité des préoccupations quant à savoir si Barejo Holdings ULC était tenue d'inclure sa part du revenu étranger accumulé tiré de biens de la société SLT conformément à l'art. 94.1 de la *Loi*. La disposition ne s'appliquerait que si les Billets constituaient une « dette » au sens de l'art. 94.1.

4 novembre 2015  
Cour canadienne de l'impôt  
(Juge Boyle)  
[2015 CCI 274](#)

Décision que les deux Billets en litige constituaient des « dettes » au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*

29 novembre 2016  
Cour d'appel fédérale  
(Juge en chef Noël et juges Trudel et Boivin)  
[2016 CAF 304](#)

Rejet des appels sans que la question ne soit tranchée sur le fond

27 janvier 2017  
Cour suprême du Canada

Dépôt de la demande d'autorisation d'appel

---



**37485** Chief Ronald Michel, Chief of the Peter Ballantyne Cree Nation, on his own behalf and on behalf of all other members of Peter Ballantyne Cree Nation and Peter Ballantyne Cree Nation v. Attorney General of Canada, Government of Saskatchewan, Saskatchewan Power Corporation, Hudson Bay Mining and Smelting Co. Limited and Churchill River Power Corporation Limited - and between - Saskatchewan Power Corporation v. Chief Ronald Michel, Chief of the Peter Ballantyne Cree Nation, on his own behalf and on behalf of all other members of Peter Ballantyne Cree Nation and Peter Ballantyne Cree Nation, Attorney General of Canada, Government of Saskatchewan, Hudson Bay Mining and Smelting Co. Limited and Churchill River Power Corporation Limited - and between - Government of Saskatchewan v. Chief Ronald Michel, Chief of the Peter Ballantyne Cree Nation, on his own behalf and on behalf of all other members of Peter Ballantyne Cree Nation and Peter Ballantyne Cree Nation, Attorney General of Canada, Saskatchewan Power Corporation, Hudson Bay Mining and Smelting Co. Limited and Churchill River Power Corporation Limited (Sask.) (Civil) (By Leave)

**Coram:** McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

The motion filed by Hudson Bay Mining and Smelting Co. Limited for an extension of time to serve and file its response is granted. The applications for leave to appeal from the judgments of the Court of Appeal for Saskatchewan, Number CACV2633, 2016 SKCA 124, dated September 28, 2016, and 2017 SKCA 5, dated January 19, 2017, are dismissed without costs. Côté J. dissenting.

Aboriginal law — Indian bands — Indian reserves — Fiduciary duty — Torts — Intentional torts — Trespass to land — Limitation of actions — Reserve land continuously flooded as a result of operation of hydroelectric dam — First Nation suing for breach of fiduciary duty and trespass — Chambers judge dismissing all claims as statute-barred by applicable provincial limitation periods — Court of Appeal allowing claim for continuing trespass to proceed under exception to limitations legislation — Whether doctrine of interjurisdictional immunity continues to apply to protect band’s right to possession of Indian reserve lands under *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, from impairment by provincial laws — Whether scope of Minister’s authority under *Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, and *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, permits use or occupation of Indian reserve lands to permit flooding of lands without affected band’s consent or surrender — Whether common law doctrine of continuing trespass should be used to circumvent statutory limitation periods, and if so, what are the rules governing application of loophole — Whether doctrine of continuing trespass remains part of the law in Saskatchewan — If so, whether Court of Appeal erred in finding instance of continuing trespass on the facts of this case, and whether Saskatchewan could rely upon same limitation defences as Canada — Whether Canada’s permission to flood lands in 1939 crystallized claim into one for monetary damages only — *The Limitation of Actions Act*, R.S.S. 1978, c. L-15 [repealed], ss. 18, 40 — *The Public Officers’ Protection Act*, R.S.S. 1978, c. P-40 [repealed], s. 2(1)(a) — *Indian (Soldier Settlement) Act*, R.S.C. 1927, c. 98, s. 34 — *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, ss. 18(1), 28(2).

The plaintiffs, Peter Ballantyne Cree Nation (“PBCN”) et al., commenced an action against Canada, Saskatchewan, and the Saskatchewan Power Corporation (“SaskPower”), seeking declarations and damages for breach of the honour of the Crown, breach of fiduciary duties, and trespass (including continuing trespass), arising from the construction and operation of a nearby hydroelectric dam operated by SaskPower. The dam’s operation regularly results in a portion of PBCN’s reserve being continuously flooded, from the original operation of the dam in the 1940s to the present day. The defendants brought third party indemnity claims against the dam’s original builder and operator. The defendants also applied for summary judgment, arguing that all of PBCN’s claims should be dismissed by operation of applicable provincial limitation periods.

The chambers judge granted the defendants’ motion for summary judgment, and dismissed all claims against all defendants, including all third party claims; the chambers judge found that there was no triable issue as a result of the application of provincial limitations legislation. The Saskatchewan Court of Appeal allowed PBCN’s appeal in part, only to the extent of allowing PBCN to pursue its claim of trespass as against Saskatchewan and SaskPower, given that the trespass in question was “continuing” and therefore fell within an exception to the applicable provincial

limitations legislation. The Court of Appeal remitted the claim of trespass (including issues related to consent and to damages, if any) back to the Court of Queen's Bench, for determination. In all other respects, the Court of Appeal upheld the chambers judge's decision to dismiss all other claims against all defendants and third party defendants. The Court of Appeal subsequently dismissed two applications for rehearing filed by both PBCN and SaskPower. PBCN, SaskPower and Saskatchewan all seek leave to appeal the Court of Appeal decision.

October 7, 2014  
Court of Queen's Bench for Saskatchewan  
(Smith J.)  
[2014 SKQB 327](#)

Motion for summary judgment by defendants (Canada, Saskatchewan, and Saskatchewan Power Corporation) — granted;

Action by plaintiffs (Peter Ballantyne Cree Nation et al.) — dismissed

September 28, 2016  
Court of Appeal for Saskatchewan  
(Herauf, Ottenbreit and Whitmore JJ.A.)  
[2016 SKCA 124](#)

Plaintiffs' appeal allowed in part; matter returned to Court of Queen's Bench to determine claim for continuing tort of trespass against Saskatchewan and against Saskatchewan Power Corporation

January 19, 2017  
Court of Appeal for Saskatchewan  
(Herauf, Ottenbreit and Whitmore JJ.A.)  
[2017 SKCA 5](#)

Applications for rehearing filed by Peter Ballantyne Cree Nation et al. and by Saskatchewan Power Corporation — dismissed

March 15, 2017  
Supreme Court of Canada

Application for leave to appeal filed by Peter Ballantyne Cree Nation et al.

March 17, 2017  
Supreme Court of Canada

Application for leave to appeal filed by Saskatchewan Power Corporation

March 17, 2017  
Supreme Court of Canada

Application for leave to appeal filed by Government of Saskatchewan

May 5, 2017  
Supreme Court of Canada

Motion for extension of time in which to serve and file response, filed by Hudson

---

**37485** **Chef Ronald Michel, chef de la Peter Ballantyne Cree Nation, en son propre nom, et au nom de tous les autres membres de la Peter Ballantyne Cree Nation et Peter Ballantyne Cree Nation c. Procureur général du Canada, Gouvernement de la Saskatchewan, Saskatchewan Power Corporation, Compagnie Minière et Métallurgique de la Baie D’Hudson Limitée et Churchill River Power Corporation Limited - et entre - Saskatchewan Power Corporation c. Chef Ronald Michel, chef de la Peter Ballantyne Cree Nation, en son propre nom, et au nom de tous les autres membres de la Peter Ballantyne Cree Nation et Peter Ballantyne Cree Nation, Procureur général du Canada, Gouvernement de la Saskatchewan, Compagnie Minière et Métallurgique de la Baie D’Hudson Limitée et Churchill River Power Corporation Limited - et entre - Gouvernement de la Saskatchewan c. Chef Ronald Michel, chef de la Peter Ballantyne Cree Nation, en son propre nom, et au nom de tous les autres membres de la Peter Ballantyne Cree Nation et Peter Ballantyne Cree Nation, Procureur général du Canada, Saskatchewan Power Corporation, Compagnie Minière et Métallurgique de la Baie D’Hudson Limitée et Churchill River Power Corporation Limited (Sask.) (Civile) (Sur autorisation)**

**Coram :** La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe

La requête déposée par la Compagnie Minière et Métallurgique de la Baie D’Hudson Limitée en prorogation du délai de signification et de dépôt de sa réponse est accueillie. Les demandes d’autorisation d’appel des arrêts de la Cour d’appel de la Saskatchewan, numéro CACV2633, 2016 SKCA 124, daté du 28 septembre, 2016, et 2017 SKCA 5, daté du 19 janvier 2017, sont rejetées sans dépens. La juge Côté est dissidente.

Droit des Autochtones — Bandes indiennes — Réserves indiennes — Obligation fiduciaire — Responsabilité délictuelle — Délits intentionnels — Intrusion — Prescription — Des terres de réserve sont continuellement inondées à la suite de l’exploitation d’un barrage hydroélectrique — La Première Nation a intenté une poursuite pour manquement à l’obligation fiduciaire et intrusion — Le juge en cabinet a rejeté toutes les demandes, les déclarant prescrites en vertu des règles de prescription provinciales applicables — La Cour d’appel a autorisé l’exercice du recours en intrusion continue à titre d’exception à la législation sur la prescription — La doctrine de l’exclusivité des compétences continue-t-elle de s’appliquer pour protéger le droit de la bande à la possession de terres des réserves indiennes en application de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, contre les atteintes par les lois provinciales? — Le pouvoir du ministre en vertu de la *Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, c. 98, et de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, va-t-il jusqu’à permettre l’usage ou l’occupation de terres des réserves indiennes pour permettre l’inondation de terres sans le consentement de la bande touchée ou la cession des terres par celle-ci? — Doit-on appliquer la doctrine de l’intrusion continue de la common law pour passer outre aux délais de prescription prévus par la loi et, dans l’affirmative, quelles sont les règles régissant l’application de l’échappatoire? — La doctrine de l’intrusion continue fait-elle encore partie du droit de la Saskatchewan? — Dans l’affirmative, la Cour d’appel a-t-elle eu tort de conclure, au vu des faits de l’espèce, qu’il y avait intrusion continue et la Saskatchewan pouvait-elle s’appuyer sur les mêmes moyens de défense fondés sur la prescription que le Canada? — La permission donnée au Canada d’inonder les terres en 1939 a-t-elle eu pour effet de « cristalliser » la demande en une demande en dommages-intérêts seulement? — *The Limitation of Actions Act*, R.S.S. 1978, ch. L-15 [abrogée], art. 18, 40 — *The Public Officers’ Protection Act*, R.S.S. 1978, ch. P-40 [abrogée], al. 2(1)a — *Loi des Indiens (Établissement de soldats)*, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 34 — *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, par. 18(1), 28(2).

Les demandeurs, Peter Ballantyne Cree Nation (« PBCN ») et al., ont intenté une action contre le Canada, la Saskatchewan et la Saskatchewan Power Corporation (« SaskPower »), sollicitant un jugement déclaratoire et des dommages-intérêts pour manquement à l’honneur de la Couronne, manquement à des obligations fiduciaires et intrusion (y compris l’intrusion continue), découlant de la construction et de l’exploitation d’un barrage hydroélectrique situé à proximité et exploité par SaskPower. L’exploitation du barrage fait régulièrement en sorte qu’une partie de la réserve de PBCN est continuellement inondée, et ce, depuis la mise en service du barrage, dans les années 1940. Les défendeurs ont présenté des demandes d’indemnisation de tiers contre le constructeur et premier

---

exploitant du barrage. Les défendeurs ont également sollicité un jugement sommaire, plaidant que toutes les demandes de PBCN devaient être rejetées en application des délais de prescription provinciaux applicables.

Le juge en cabinet a accueilli la requête des défendeurs en jugement sommaire et a rejeté toutes les demandes contre tous les défendeurs, y compris toutes les demandes de mise en cause; le juge en cabinet a conclu qu'il n'y avait aucune matière à procès en application de la législation provinciale sur la prescription. La Cour d'appel de la Saskatchewan a accueilli l'appel de PBCN en partie, mais seulement pour permettre à PBCN d'exercer son recours en intrusion contre la Saskatchewan et SaskPower, vu que l'intrusion en question était « continue », si bien qu'elle constituait une exception à la législation provinciale applicable sur la prescription. La Cour d'appel a renvoyé la demande pour intrusion (y compris les questions liées au consentement et au préjudice, s'il en est) à la Cour du Banc de la Reine pour que celle-ci rende jugement. À tous les autres égards, la Cour d'appel a confirmé la décision du juge en cabinet de rejeter toutes les autres demandes contre tous les défendeurs et mis en cause. La Cour d'appel a subséquemment rejeté deux demandes de nouvelle audience déposées par PBCN et SaskPower. PBCN, SaskPower et la Saskatchewan demandent toutes l'autorisation d'en appeler le l'arrêt de la Cour d'appel.

7 octobre 2014  
Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan  
(Juge Smith)  
[2014 SKQB 327](#)

Jugement accueillant la requête en jugement sommaire des défendeurs (Canada, Saskatchewan et Saskatchewan Power Corporation);

Rejet de l'action des demandeurs (Peter Ballantyne Cree Nation et al.)

28 septembre 2016  
Cour d'appel de la Saskatchewan  
(Juges Herauf, Ottenbreit et Whitmore)  
[2016 SKCA 124](#)

Arrêt accueillant en partie l'appel des demandeurs et renvoyant l'affaire à la Cour du Banc de la Reine pour qu'elle tranche la demande pour le délit continu d'intrusion contre la Saskatchewan et contre Saskatchewan Power Corporation

19 janvier 2017  
Cour d'appel de la Saskatchewan  
(Juges Herauf, Ottenbreit et Whitmore)  
[2017 SKCA 5](#)

Rejet des demandes de nouvelle audience déposées par Peter Ballantyne Cree Nation et al. et par Saskatchewan Power Corporation

15 mars 2017  
Cour suprême du Canada

Dépôt de la demande d'autorisation d'appel par Peter Ballantyne Cree Nation et al.

17 mars 2017  
Cour suprême du Canada

Dépôt de la demande d'autorisation d'appel par Saskatchewan Power Corporation

17 mars 2017  
Cour suprême du Canada

Dépôt de la demande d'autorisation d'appel par le gouvernement de la Saskatchewan

5 mai 2017  
Cour suprême du Canada

Dépôt de la requête en prorogation du délai de signification et de dépôt de la réponse par Hudson

**37277** Chief John Ermineskin, Lawrence Wildcat, Gordon Lee, Art Littlechild, Maurice Wolfe, Curtis Ermineskin, Gerry Ermineskin, Earl Ermineskin, Rick Wolfe, Ken Cutarm, Brian Lee, Lester Fraynn, the elected Chief and Councillors of the Ermeineskin Indian Band and Nation suing on their own behalf and on behalf of all the other members of the Ermineskin Indian Band and Nation v. Her Majesty the Queen in Right of Canada, Minister of Indian Affairs and Northern Development and Minister of Finance - and - Attorney General of Alberta (F.C.) (Civil) (By Leave)

**Coram:** McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

The motion for reconsideration of the application for leave to appeal dismissed on March 9, 2017, is dismissed with costs in favour of the respondent, Her Majesty the Queen in Right of Canada.

Constitutional law — Aboriginal law — Treaty rights — Limitation of actions — First Nation suing Crown for infringement of treaty rights and breaches of fiduciary duties with respect to oil and gas royalties — Courts below granting Crown’s motion for summary judgment and dismissing claim as being statute-barred — Provincial limitation periods incorporated by reference into federal law and applicable to treaty claims — Whether this Court ought to be taken as having ruled on the constitutional applicability or validity of limitation statutes in cases where no constitutional issue has been properly brought before the Court — Whether limitations statutes are subject to challenge under section 35 of the *Constitution Act, 1982* — Whether the constitutional protection accorded to aboriginal treaty promises carries with it a constitutionally protected right to enforce the Crown’s promise which is *prima facie* infringed by limitations statutes — What should be the approach to justification of a *prima facie* infringement in the context of a challenge to a limitations statute — When, if ever, it is appropriate to decide constitutional issues by way of summary judgement — *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 39 — *Indian Oil and Gas Act*, R.S.C. 1985, c. I-7, s. 4 — *Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1980, c. L-15, s. 4(1) — *Constitution Act, 1982*, s. 35

In 1946, the applicant First Nation surrendered their mineral interests in their reserve to the Crown, which permitted the Crown to grant leases to oil and gas companies, who then paid royalties to the Crown in trust for the First Nation. In 1973, Canada developed a national strategy to deal with the effects of rapidly rising international oil prices, including the implementation of an export tax (and later, an export charge) on oil export sales. The tax or charge was levied on any exported oil produced on the reserve between 1973 and 1985. In 1992, the First Nation brought an action in Federal Court asserting a number of claims against Canada arising out of these facts, alleging that the regulated price regime constituted, among other things, a breach of the Crown’s trust and fiduciary duties, as well as infringements of treaty rights and obligations. The federal Crown brought a motion for summary judgment, seeking the dismissal of the claim as being time-barred by a six-year statutory limitation period.

The Federal Court granted the Crown’s motion for summary judgment against the First Nation, on the basis that their claim raised no triable issue in light of the application of statutory limitation periods. A majority of the Federal Court of Appeal dismissed the First Nation’s appeal, finding no error in the Federal Court’s reasoning and decision. In the Court of Appeal’s view, the motions judge properly applied the existing jurisprudence which confirms that limitation periods are applicable to all Aboriginal claims, including those based on infringements of treaty rights.

July 9, 2015  
Federal Court (Russell, J.)  
[2015 FC 836](#)

Crown’s motion for summary judgment granted;  
plaintiff’s claim dismissed as being statute-barred

September 8, 2016  
Federal Court of Appeal  
(Nadon and Dawson J.J.A., and Webb J.A.  
[dissenting in part])  
[2016 FCA 223](#)

Plaintiff’s appeal dismissed

November 4, 2016  
Supreme Court of Canada

Application for leave to appeal filed by plaintiff

**37277** **Chef John Ermineskin, Lawrence Wildcat, Gordon Lee, Art Littlechild, Maurice Wolfe, Curtis Ermineskin, Gerry Ermineskin, Earl Ermineskin, Rick Wolfe, Ken Cutarm, Brian Lee, Lester Fraynn, le chef et les conseillers élus de la bande et nation indiennes d'Ermineskin, en leur propre nom et au nom de tous les autres membres de la bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Sa Majesté la Reine du chef du Canada, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et ministre des Finances - et - Procureur général de l'Alberta (C.F.) (Civile) (Sur autorisation)**

**Coram :** La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe

La requête en réexamen de la demande d'autorisation d'appel rejetée le 9 mars 2017, est rejetée avec dépens en faveur de l'intimée, Sa Majesté la Reine du chef du Canada.

Droit constitutionnel — Droit des Autochtones — Droits issus de traités — Prescription — Action intentée par une Première Nation contre la Couronne pour violation de droits issus de traités et manquements à des obligations fiduciaires à l'égard de redevances pétrolières et gazières — Les juridictions inférieures ont accueilli la requête en jugement sommaire de la Couronne et rejeté la réclamation au motif qu'elle était prescrite — Délais de prescription provinciaux incorporés par renvoi au droit fédéral et applicables aux revendications fondées sur des droits issus de traités — Y a-t-il lieu de présumer que notre Cour s'est prononcée sur l'applicabilité ou la validité constitutionnelle des lois sur la prescription dans les cas où aucune question constitutionnelle n'a été soulevée en bonne et due forme devant elle? — Les lois sur la prescription peuvent-elles être contestées au titre de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*? — La protection constitutionnelle accordée aux promesses contenues dans les traités autochtones comporte-t-elle un droit, protégé par la Constitution, de faire valoir une promesse de la Couronne à laquelle les lois sur la prescription ont porté atteinte à première vue? — Comment la justification d'une atteinte à première vue devrait-elle être analysée dans le contexte de la contestation d'une loi sur la prescription? — Dans quels cas convient-il de trancher des questions constitutionnelles par voie de jugement sommaire? — *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 39 — *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*, L.R.C. 1985, c. I-7, art. 4 — *Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1980, c. L-15, par. 4(1) — *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35.

En 1946, la Première Nation demanderesse a renoncé à ses droits miniers dans sa réserve en faveur de Sa Majesté, ce qui a permis à celle-ci d'octroyer des baux à des sociétés pétrolières et gazières, qui ont ensuite versé des redevances à l'État en fiducie pour la Première Nation. En 1973, le Canada a élaboré une stratégie nationale pour contrer la flambée des cours internationaux du pétrole. Cette stratégie prévoyait notamment l'imposition d'une taxe (et, plus tard, de droits) sur l'exportation du pétrole. La taxe ou les droits ont été prélevés sur le pétrole exporté produit dans la réserve entre 1973 et 1985. En 1992, la Première Nation a intenté devant la Cour fédérale une action dans laquelle elle a formulé contre le Canada un certain nombre d'allégations découlant de ces faits, soutenant que le régime de prix réglementés constituait, notamment, un manquement aux obligations fiduciaires et fiduciaires de Sa Majesté ainsi qu'une violation de droits et d'obligations issus de traités. La Couronne fédérale a présenté une requête en jugement sommaire dans laquelle elle a sollicité le rejet de l'action au motif qu'elle avait été intentée après l'expiration du délai de prescription légal de six ans.

La Cour fédérale a accueilli la requête en jugement sommaire de la Couronne contre la Première Nation, concluant que l'action de celle-ci ne soulevait aucune question donnant matière à procès, en raison des délais de prescription légaux applicables. La Cour d'appel fédérale a rejeté, à la majorité, l'appel de la Première Nation, n'ayant relevé aucune erreur dans le raisonnement et la décision de la Cour fédérale. De l'avis de la Cour d'appel, le juge des requêtes avait correctement appliqué la jurisprudence existante, qui confirme que les délais de prescription s'appliquent à toutes les revendications des peuples autochtones, y compris celles fondées sur la violation de droits issus de traités.

9 juillet 2015  
Cour fédérale  
(Juge Russell)  
[2015 CF 836](#)

Requête en jugement sommaire de la Couronne  
accueillie; action du demandeur rejetée pour cause de  
prescription

8 septembre 2016  
Cour d'appel fédérale  
(Juges Nadon et Dawson, le juge Webb étant  
dissident en partie)  
[2016 CAF 223](#)

Rejet de l'appel du demandeur

4 novembre 2016  
Cour suprême du Canada

Dépôt de la demande d'autorisation d'appel du  
demandeur

---

**37280**      **Chief Victor Buffalo acting on his own behalf and on behalf of all the other members of the Samson Indian Nation and Band, and Samson Indian Band and Nation v. Her Majesty the Queen in Right of Canada, Minister of Indian Affairs and Northern Development and Minister of Finance - and - Attorney General of Alberta** (F.C.) (Civil) (By Leave)

**Coram:**      McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

The motion for reconsideration of the application for leave to appeal dismissed on March 9, 2017, is dismissed with costs in favour of the respondent, Her Majesty the Queen in Right of Canada.

Constitutional law — Aboriginal law — Treaty rights — Limitation of actions — First Nation suing Crown for infringement of treaty rights and breaches of fiduciary duties with respect to oil and gas royalties — Courts below granting Crown's motion for summary judgment and dismissing claim as being statute-barred — Provincial limitation periods incorporated by reference into federal law and applicable to treaty claims — Whether statutory limitation periods are applicable to the constitutionally-protected rights of First Nations in a manner that does not promote reconciliation between First Nations and the Crown — Whether Canada is entitled to extinguish constitutionally-protected treaty rights through the wholesale application of generic limitation periods — Whether Canada has the obligations of a *de facto* common law trustee with respect to oil and gas royalties and for the purposes of applying limitation periods — Whether the applicants are precluded from challenging all aspects of federal oil and gas legislation, including those that continued to be applicable after the filing of the applicants' statement of claim, on the basis that the applicants' claims "crystallized" upon the initial passage of legislation — Whether it is appropriate, in a summary judgment motion, to rule on the merits of the claim when the only issue before the Court was whether the claims were made within the applicable limitation period — *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 39 — *Indian Oil and Gas Act*, R.S.C. 1985, c. I-7, s. 4 — *Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1980, c. L-15, s. 4(1) — *Constitution Act, 1982*, s. 35

In 1946, the applicant First Nation surrendered their mineral interests in their reserve to the Crown, which permitted the Crown to grant leases to oil and gas companies, who then paid royalties to the Crown in trust for the First Nation. In 1973, Canada developed a national strategy to deal with the effects of rapidly rising international oil prices, including the implementation of an export tax (and later, an export charge) on oil export sales. The tax or charge was levied on any exported oil produced on the reserve between 1973 and 1985. In 1989, the First Nation brought an action in Federal Court asserting a number of claims against Canada arising out of these facts, alleging that the regulated price regime constituted, among other things, a breach of the Crown's trust and fiduciary duties, as well as infringements of treaty rights and obligations. The federal Crown brought a motion for summary judgment, seeking

the dismissal of the claim as being time-barred by a six-year statutory limitation period.

The Federal Court granted the Crown's motion for summary judgment against the First Nation, on the basis that their claim raised no triable issue in light of the application of statutory limitation periods. A majority of the Federal Court of Appeal dismissed the First Nation's appeal, finding no error in the Federal Court's reasoning and decision. In the Court of Appeal's view, the motions judge properly applied the existing jurisprudence which confirms that limitation periods are applicable to all Aboriginal claims, including those based on infringements of treaty rights. In partial dissent, one judge of the Court of Appeal would have allowed the First Nation's appeal to the extent of permitting its claim that Canada improperly collected a tax to continue, in relation to amounts collected in the six years prior to the First Nation filing its statement of claim.

July 9, 2015  
Federal Court (Russell, J.)  
[2015 FC 836](#)

Crown's motion for summary judgment granted;  
plaintiff's claim dismissed as being statute-barred

September 8, 2016  
Federal Court of Appeal  
(Nadon and Dawson J.J.A., and Webb J.A.  
[dissenting in part])  
[2016 FCA 223](#)

Plaintiff's appeal dismissed

November 4, 2016  
Supreme Court of Canada

Application for leave to appeal filed by plaintiff

---

**37280**      **Chef Victor Buffalo, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la bande et nation indiennes de Samson, et bande et nation indiennes de Samson c. Sa Majesté la Reine du chef du Canada, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et ministre des Finances - et - Procureur général de l'Alberta (C.F.) (Civile) (Sur autorisation)**

**Coram :** La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe

La requête en réexamen de la demande d'autorisation d'appel rejetée le 9 mars 2017, est rejetée avec dépens en faveur de l'intimée, Sa Majesté la Reine du chef du Canada.

Droit constitutionnel — Droit des Autochtones — Droits issus de traités — Prescription — Action intentée par une Première Nation contre la Couronne pour violation de droits issus de traités et manquements à des obligations fiduciaires à l'égard de redevances pétrolières et gazières — Les juridictions inférieures ont accueilli la requête en jugement sommaire de la Couronne et rejeté la réclamation au motif qu'elle était prescrite — Délais de prescription provinciaux incorporés par renvoi au droit fédéral et applicables aux revendications fondées sur des droits issus de traités — Les délais de prescription prévus par la loi s'appliquent-ils aux droits des Premières Nations protégés par la Constitution d'une façon qui ne favorise pas la réconciliation entre les Premières Nations et l'État? — Le Canada a-t-il le droit d'éteindre des droits issus de traités protégés par la Constitution en appliquant sans discernement des délais de prescription génériques? — Le Canada a-t-il les obligations d'un fiduciaire de common law *de facto* en ce qui concerne les redevances pétrolières et gazières et l'application des délais de prescription? — Les demandeurs sont-ils irrecevables à contester tous les aspects des lois fédérales portant sur le pétrole et le gaz, y compris les lois qui s'appliquaient encore après le dépôt de leur déclaration, au motif que les faits générateurs sur lesquels reposent leurs réclamations se sont « concrétisés » lors de l'adoption initiale des lois? — Convient-il, dans une requête en jugement sommaire, de statuer sur le fond de la demande lorsque la seule question dont la Cour est saisie est celle de savoir si



les réclamations ont été présentées avant l'expiration du délai de prescription applicable? — *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 39 — *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*, L.R.C. 1985, c. I-7, art. 4 — *Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1980, ch. L-15, par. 4(1) — *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35.

En 1946, la Première Nation demanderesse a renoncé à ses droits miniers dans sa réserve en faveur de Sa Majesté, ce qui a permis à celle-ci d'octroyer des baux à des sociétés pétrolières et gazières, qui ont ensuite versé des redevances à l'État en fiducie pour la Première Nation. En 1973, le Canada a élaboré une stratégie nationale pour contrer la flambée des cours internationaux du pétrole. Cette stratégie prévoyait notamment l'imposition d'une taxe (et, plus tard, de droits) sur l'exportation du pétrole. La taxe ou les droits ont été prélevés sur le pétrole exporté produit dans la réserve entre 1973 et 1985. En 1989, la Première Nation a intenté devant la Cour fédérale une action dans laquelle elle a formulé contre le Canada un certain nombre d'allégations découlant de ces faits, soutenant que le régime de prix réglementés constituait, notamment, un manquement aux obligations fiduciaires et fiduciaires de Sa Majesté ainsi qu'une violation de droits et d'obligations issus de traités. La Couronne fédérale a présenté une requête en jugement sommaire dans laquelle elle sollicitait le rejet de l'action au motif qu'elle avait été intentée après l'expiration du délai de prescription légal de six ans.

La Cour fédérale a accueilli la requête en jugement sommaire de la Couronne contre la Première Nation, concluant que l'action de celle-ci ne soulevait aucune question donnant matière à procès, en raison des délais de prescription légaux applicables. La Cour d'appel fédérale a rejeté, à la majorité, l'appel de la Première Nation, n'ayant relevé aucune erreur dans le raisonnement et la décision de la Cour fédérale. De l'avis de la Cour d'appel, le juge des requêtes avait correctement appliqué la jurisprudence existante, qui confirme que les délais de prescription s'appliquent à toutes les revendications des peuples autochtones, y compris celles fondées sur la violation de droits issus de traités. Dissident en partie, un juge de la Cour d'appel aurait accueilli l'appel de la Première Nation afin de permettre l'examen de l'allégation de celle-ci selon laquelle le Canada avait perçu à tort une taxe, dans le cas des sommes perçues au cours de la période de six ans précédant le dépôt de la déclaration de la Première Nation.

9 juillet 2015  
Cour fédérale  
(Juge Russell)  
[2015 CF 836](#)

Requête en jugement sommaire de la Couronne  
accueillie; action du demandeur rejetée pour cause de  
prescription

8 septembre 2016  
Cour d'appel fédérale  
(Juges Nadon et Dawson, le juge Webb  
étant dissident en partie)  
[2016 CAF 223](#)

Rejet de l'appel du demandeur

4 novembre 2016  
Cour suprême du Canada

Dépôt de la demande d'autorisation d'appel du  
demandeur

---

## MOTIONS

## REQUÊTES

---

15.06.2017

Before/Devant: MOLDAVER J. / LE JUGE MOLDAVER

**Miscellaneous motion**

**Requête diverse**

Jeffrey G. Ewert

v. (37233)

Her Majesty the Queen in Right of Canada (the Commissioner of the Correctional Service of Canada, the Warden of Kent Institution and the Warden of Mission Institution ) (F.C.)

**DISMISSED / REJETÉE**

**UPON APPLICATION** on behalf of the Respondent for an order setting aside the Appellant's Notice of Constitutional Questions dated April 10, 2017;

**AND THE MATERIAL FILED** having been read;

**IT IS HEREBY ORDERED THAT:**

The motion is dismissed.

The criteria for stating a constitutional question under the *Rules of the Supreme Court of Canada* have not changed. It is open to the Respondent to argue on the appeal any issues raised by the Appellant's Notice of Constitutional Questions, including whether those issues raise constitutional questions.

**À LA SUITE D'UNE DEMANDE** présentée au nom de l'intimée afin d'obtenir une ordonnance annulant l'avis de questions constitutionnelles de l'appelant daté du 10 avril 2017;

**APRÈS EXAMEN** des documents déposés;

**IL EST ORDONNÉ CE QUI SUIT :**

La requête est rejetée.

Les critères relatifs à la présentation d'une question constitutionnelle en vertu des *Règles de la Cour suprême du Canada* n'ont pas changé. Il est loisible à l'intimée de débattre lors de l'appel de tout point soulevé dans l'avis de questions constitutionnelles de l'appelant, y compris de la question de savoir si ces points soulèvent des questions constitutionnelles.

---

**NOTICES OF APPEAL FILED SINCE  
LAST ISSUE**

**AVIS D'APPEL DÉPOSÉS DEPUIS LA  
DERNIÈRE PARUTION**

09.06.2017

**Procureure générale du Québec**

**c. (37613)**

**Procureur général du Canada et autres (Qc)**

(De plein droit)

\_\_\_\_\_

09.06.2017

**Procureur général du Canada**

**c. (37613)**

**Procureure générale du Québec et autres (Qc)**

(De plein droit)

\_\_\_\_\_

14.06.2017

**3091-5177 Québec inc. f.a.s.r.s. Éconolodge  
Aéroport**

**c. (37421)**

**Compagnie canadienne d'assurances générales  
Lombard et autre (Qc)**

(Autorisation)

\_\_\_\_\_

19.06.2017

**Kwesi Millington**

**v. (37235)**

**Her Majesty the Queen (B.C.)**

(By Leave)

\_\_\_\_\_

19.06.2017

**Attorney General of British Columbia**

**v. (37613)**

**Attorney General of Quebec et al. (Que.)**

(As of Right)

\_\_\_\_\_

13.06.2017

**United Steel, Paper and Forestry, Rubber,  
Manufacturing, Energy, Allied Industrial and  
Service Workers International Union, USW  
Local 8782 et al.**

**v. (37284)**

**U.S. Steel Canada Inc. et al. (Ont.)**

(By Leave)

\_\_\_\_\_

14.06.2017

**Promutuel Portneuf-Champlain, société mutuelle  
d'assurance générale**

**c. (37422)**

**Compagnie canadienne d'assurances générales  
Lombard (Qc)**

(Autorisation)

\_\_\_\_\_

16.06.2017

**Benjamin Robinson**

**v. (37411)**

**Her Majesty the Queen (B.C.)**

(By Leave)

\_\_\_\_\_

19.06.2017

**Chief Steve Courtoreille on behalf of himself and  
the members of the Mikisew Cree First Nation**

**v. (37441)**

**Governor General in Council et al. (F.C.)**

(By Leave)

---

**PRONOUNCEMENTS OF APPEALS  
RESERVED**

**JUGEMENTS RENDUS SUR LES  
APPELS EN DÉLIBÉRÉ**

**Reasons for judgment are available**

**Les motifs de jugement sont disponibles**

---

**JUNE 22, 2017 / LE 22 JUIN 2017**

**36595**      **Teal Cedar Products Ltd. v. Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia – AND BETWEEN – Teal Cedar Products Ltd. v. Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia (B.C.)**  
**2017 SCC 32 / 2017 CSC 32**

Coram:      McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

The appeal from the judgment of the Court of Appeal for British Columbia (Vancouver), Numbers CA039893 and CA039894, 2015 BCCA 263, dated June 9, 2015, heard on November 1, 2016, is allowed in part, with costs throughout to Teal Cedar Products Ltd.

The order of the Court of Appeal for British Columbia, Number CA039893, is set aside. The order of the Court of Appeal for British Columbia, Number CA039894, is confirmed except for the costs issue. The order of the Supreme Court of British Columbia, Number S-114301, dated April 16, 2012, is restored. The arbitrator's award dated April 27, 2011, as amended on June 30, 2011, is restored accordingly, namely (i) the arbitrator's ruling on the improvements compensation valuation predicated on the depreciation replacement cost method of valuation, (ii) the arbitrator's ruling that the Province of British Columbia must pay interest on top of the improvements compensation it owes to Teal Cedar Products Ltd., and (iii) the arbitrator's ruling denying compensation for improvements losses pertaining to the Lillooet Licence.

Moldaver, Côté, Brown and Rowe JJ. dissent in part.

L'appel interjeté contre l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (Vancouver), numéros CA039893 et CA039894, 2015 BCCA 263, daté du 9 juin 2015, entendu le 1<sup>er</sup> novembre 2016, est accueilli en partie, avec dépens dans toutes les cours en faveur de Teal Cedar Products Ltd.

L'ordonnance de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, numéro CA039893, est annulée. L'ordonnance de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, numéro CA039894, est confirmée sauf sur la question des dépens. L'ordonnance de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, numéro S-114301, datée du 16 avril 2012, est rétablie. La sentence de l'arbitre datée du 27 avril 2011 et modifiée le 30 juin 2011 est donc rétablie, soit (i) sa décision sur l'évaluation de l'indemnité visant les améliorations qui repose sur la méthode d'évaluation fondée sur le coût de remplacement déprécié, (ii) sa décision voulant que la province de la Colombie-Britannique doive payer des intérêts en sus de l'indemnité visant les améliorations qu'elle doit à Teal Cedar Products Ltd., et (iii) sa décision de refuser d'accorder une indemnité pour les pertes liées aux améliorations se rapportant au permis Lillooet.

Les juges Moldaver, Côté, Brown et Rowe sont dissidents en partie.

**JUNE 23, 2017 / LE 23 JUIN 2017**

**36616**      **Deborah Louise Douez v. Facebook, Inc. – and – Canadian Civil Liberties Association, Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, Information Technology Association of Canada and Interactive Advertising Bureau of Canada** (B.C.)  
**2017 SCC 33 / 2017 CSC 33**

Coram: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ.

The appeal from the judgment of the Court of Appeal for British Columbia (Vancouver), Number CA41917, 2015 BCCA 279, dated June 19, 2015, heard on November 4, 2016, is allowed with costs to the appellant. The forum selection clause is unenforceable. The chambers judge's order dismissing Facebook, Inc.'s application to have the British Columbia Supreme Court decline jurisdiction is restored. McLachlin C.J., and Moldaver and Côté JJ. dissent.

L'appel interjeté contre l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (Vancouver), numéro CA41917, 2015 BCCA 279, daté du 19 juin 2015, entendu le 4 novembre 2016, est accueilli avec dépens en faveur de l'appelante. La clause d'élection de for est inexécutoire. L'ordonnance de la juge de première instance rejetant la demande présentée par Facebook, Inc. afin que la Cour suprême de la Colombie Britannique décline compétence est rétablie. La Juge en chef McLachlin et les juges Moldaver et Côté sont dissidents.

---

---

*Teal Cedar Products Ltd. v. British Columbia* (B.C.) (36595)

**Indexed as: Teal Cedar Products Ltd. v. British Columbia / Répertoire : Teal Cedar Products Ltd. c. Colombie-Britannique**

**Neutral citation: 2017 SCC 32 / Référence neutre : 2017 CSC 32**

Hearing: November 1, 2016 / Judgment: June 22, 2017

Audition : Le 1 novembre 2016 / Jugement : Le 22 juin 2017

---

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

*Arbitration — Appeals — Jurisdiction — Standard of review — Commercial arbitration awards — Province reducing forestry company's access to improvements on Crown land used to harvest timber — Parties disagreeing as to amount of compensation owed to forestry company and entering into arbitration — Leave to appeal award sought by parties pursuant to s. 31(2) of the Arbitration Act — Appeal of award dismissed in part but dismissal reversed by Court of Appeal — Whether Court of Appeal erred in construing issues decided by arbitrator as questions of law subject to appellate review — Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 31.*

*Contracts — Interpretation — Use of factual matrix — Province reducing forestry company's access to improvements on Crown land used to harvest timber — Parties entering into agreement to negotiate compensation owed to forestry company for loss of access to improvements — Agreement precluding payment of interest as part of compensation — Parties disagreeing as to amount of compensation and entering into arbitration — Whether legal question arises from arbitrator's contractual interpretation of forestry company's entitlement to interest.*

*Natural resources — Forests — Permits and licences — Province reducing forestry company's access to improvements on Crown land used to harvest timber — Parties disagreeing as to amount of compensation owed to forestry company and entering into arbitration — Whether arbitrator's conclusion that forestry company's losses may be valued on basis of depreciation replacement cost method was reasonable — Forestry Revitalization Act, S.B.C. 2003, c. 17, s. 6(4).*

T, a forestry company, holds licences to harvest Crown timber in the province of British Columbia. When the province reduced the volume of T's allowable harvest and deleted certain areas from the related Crown land base, the parties were unable to settle how much compensation the province owed to T for reducing the latter's access to certain improvements such as roads and bridges which T used to harvest the timber. Consequently, their dispute was submitted to arbitration in accordance with the *Forestry Revitalization Act* ("Revitalization Act"). The arbitrator was seized of an issue of statutory interpretation to determine the proper valuation method for the improvements pursuant to the *Revitalization Act*, which he found to be the depreciation replacement cost method. The arbitrator also ruled on an issue of contractual interpretation, concluding that an agreement reached by the parties prior to arbitration did not exclude interest from the province's payment of compensation to T for the improvements. Finally, on an issue of statutory application, the arbitrator determined that T was not entitled to compensation for the improvements to which it did not lose access. On appeal, the application judge upheld the arbitrator's award except in connection with the statutory application issue, which was remitted to the arbitrator and resulted in an additional award in an amount equal to the value of the improvements. A majority of the Court of Appeal reversed the application judge's decision, finding that the arbitrator had erred on both the statutory interpretation and contractual interpretation issues, as well as in making his subsequent ruling regarding the statutory application issue. On remand for disposition in accordance with *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, a unanimous Court of Appeal held that its disposition of the appeal was unaltered by *Sattva*, reaffirming its conclusion that the issues ruled upon by the arbitrator are questions of law subject to appellate review, and that the arbitrator was in error regardless of the standard of review applied.

*Held* (Moldaver, Côté, Brown and Rowe JJ. dissenting in part): The appeal is allowed in part.

*Per* McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Wagner and **Gascon JJ.**: The Court of Appeal's decision on remand cannot stand in light of *Sattva*. The process for characterizing a question as one of three principal types —

---

legal, factual, or mixed — is well-established, as confirmed in *Sattva*: legal questions are questions about what the correct legal test is; factual questions are questions about what actually took place between the parties; and mixed questions are questions about whether the facts satisfy the legal test. While the application of a legal test to a set of facts is a mixed question, if, in the course of that application, the underlying legal test may have been altered, then a legal question arises. Such a legal question, if alleged in the context of a dispute under the *Arbitration Act*, and assuming the other jurisdictional requirements of that Act are met, is open to appellate review. These extricable questions of law are better understood as a covert form of legal question — where a judge’s (or arbitrator’s) legal test is implicit to their application of the test rather than explicit in their description of the test — than as a fourth and distinct category of questions.

Courts should, however, exercise caution in identifying extricable questions of law because mixed questions, by definition, involve aspects of law. The motivations for counsel to strategically frame a mixed question as a legal question — for example, to gain jurisdiction in appeals from arbitration awards or a favourable standard of review in appeals from civil litigation judgments — are transparent. A narrow scope for extricable questions of law is consistent with finality in commercial arbitration and, more broadly, with deference to factual findings. Courts must be vigilant in distinguishing between a party alleging that a legal test may have been altered in the course of its application (an extricable question of law), and a party alleging that a legal test, which was unaltered, should have, when applied, resulted in a different outcome (a mixed question).

The characterization of a question on review as a mixed question rather than as a legal question has vastly different consequences in appeals from arbitration awards and civil litigation judgments. The identification of a mixed question when appealing an arbitration award defeats a court’s appellate review jurisdiction under the *Arbitration Act*. In contrast, the identification of a mixed question when appealing a civil litigation judgment merely raises the standard of review.

Given these principles as confirmed in *Sattva*, a question of statutory interpretation is normally characterized as a legal question. In contrast, identifying a question, broadly, as one of contractual interpretation does not necessarily resolve the nature of the question at issue. Contractual interpretation involves factual, legal, and mixed questions, and characterizing the nature of the specific question before the court requires delicate consideration of the narrow issue actually in dispute. In general, contractual interpretation remains a mixed question, not a legal question, as it involves applying contractual law (principles of contract law) to contractual facts (the contract itself and its factual matrix).

In the present case, the statutory interpretation issue, i.e. the issue of selecting a valuation method that complies with the *Revitalization Act*, involves two types of questions: (1) questions about the broad category of methods that are acceptable under the terms of the *Revitalization Act*; and (2) questions about the specific method, within that broad category of acceptable methods, that should ultimately be applied. The former questions — the methods that are acceptable under the *Revitalization Act* — are a matter of statutory interpretation and, accordingly, are questions of law. As a result, the courts have jurisdiction to review the arbitrator’s resolution of the issue in so far as that resolution involves identifying a pool of methodologies consistent with the *Revitalization Act*.

The latter questions — the preferable method among those that are consistent with the *Revitalization Act* — are inextricably linked to the evidentiary record at the arbitration hearing, where various experts opined on the virtues of conflicting valuation methodologies. They are mixed questions, if not pure questions of fact. Therefore, the courts lack jurisdiction to review the arbitrator’s selection of a specific methodology among the pool of methodologies which are consistent with the *Revitalization Act*.

As for the contractual interpretation issue, the courts have no jurisdiction to review the arbitrator’s decision in this regard. The arbitrator, after a lengthy and complex hearing, was best situated to weigh the factual matrix in his interpretation of the parties’ agreement regarding the payment of interest. The fact that he may have placed significant weight on that evidence in interpreting the agreement does not engage a legal question conferring jurisdiction on the courts under the *Arbitration Act* as it does not alter the underlying test he applied in this case. Further, the arbitrator’s interpretation was rooted in the words of the contract, not overwhelmed by them. While the arbitrator may have placed significant weight on the factual matrix when interpreting the meaning of “compensation”, there is no arguable merit to the claim that he interpreted that matrix isolated from the contract’s words so as to effectively create a new agreement.



Likewise, on the statutory application issue, the courts have no jurisdiction to review the arbitrator's decision in this regard. The question implicated — whether the arbitrator correctly applied the valuation methodology to a licence — is a mixed question. As such, it is beyond the scope of appellate review.

It follows that the courts' jurisdiction is limited to the statutory interpretation issue of identifying a pool of methodologies consistent with the *Revitalization Act*. The decision made on this issue was rendered in an arbitral context pursuant to the *Arbitration Act*. As confirmed in *Sattva*, the standard of review on legal questions arising from the arbitrator's analysis of this statutory interpretation issue is reasonableness, which is almost always the applicable standard when reviewing commercial arbitration awards. This preference for a reasonableness standard dovetails with the key policy objectives of commercial arbitration, namely efficiency and finality. And this preference is not negated here in light of the nature of the question at issue and the arbitrator's presumed expertise.

It would be an error to claim that all statutory interpretation by an arbitrator demands correctness review simply because it engages a legal question. In contrast, where the decision under review is, for example, a civil litigation judgment, the nature of the question is dispositive of the standard of review, with factual and mixed questions being reviewed for palpable and overriding error and legal questions — including extricable questions of law — being reviewed for correctness. It is therefore critical to bear these distinctions in mind when determining the appropriate standard of review in any given case.

The Court of Appeal erroneously held that the standard of review should be correctness for the statutory interpretation issue. Its decision appears to suggest that questions of law, such as statutory interpretation, necessarily attract a correctness standard of review. In so far as the Court of Appeal intended to make this suggestion, it is incorrect. While the nature of the question (legal, mixed, or fact) is dispositive of the standard of review in the civil litigation context, it is not in the arbitration context.

With respect to the review step of the analysis, the arbitrator's determination that the depreciation replacement cost method was consistent with the *Revitalization Act* was reasonable. This decision fell within a range of possible, acceptable outcomes which were defensible in respect of the facts and law, and the decision was justified, transparent, intelligible, and defensible. The claim that this method results in a windfall begs the question, i.e. it assumes that compensation equal to the value of all improvements is excessive in the course of explaining that excess. And the basis for claiming that excessive compensation was paid in this case is the assumption that it was inappropriate for the arbitrator to order compensation in excess of T's actual costs, despite the absence of any reference in the *Revitalization Act* limiting T's compensation to its actual costs or expenses. The full "value of improvements made to Crown land" is the language chosen by the legislature as the quantum for the compensation provision. If the provincial legislature had wanted to pay companies less than the "value of improvements made to Crown land", it would not have set the amount of compensation "equal to" it. As a consequence, the arbitrator's reasoning is hardly indefensible, particularly when the wording of the compensation provision so clearly fixes compensation at the specific amount chosen by the arbitrator. In the end, the legislature is entitled to provide forestry companies with statutory compensation that is not quantified on the basis of the nature of their interests in the Crown land at issue and the arbitrator's interpretation of the compensation provision is accordingly entitled to deference.

*Per Moldaver, Côté, Brown and Rowe JJ. (dissenting in part):* Regardless of the applicable standard of review, the arbitrator's interpretation of s. 6(4) of the *Revitalization Act* cannot stand. The only interpretation of s. 6(4) that withstands scrutiny on either standard of review is that T, as a licence holder, was entitled to receive compensation only for its limited interest in the improvements. In valuing the improvements under s. 6(4), the arbitrator was required to take into account that T, as a licence holder, did not own the improvements, which belonged to the Crown.

The plain and ordinary meaning of s. 6(4) is that T is entitled to be compensated on a basis that reflects its limited interest in the improvements as a licence holder. This plain meaning of s. 6(4) is consistent with the purpose of the *Revitalization Act* and its expropriation context. The *Revitalization Act*'s purpose is to reduce the rights of licence holders — specifically, their rights to harvest timber and use the improvements — and to provide licence holders with compensation for these reductions. As a result of the takebacks at issue, reductions were made to T's rights to use the improvements — not ownership rights over such improvements. It runs counter to the purpose of the *Revitalization Act* to award T compensation that exceeds the value of what it lost due to the takebacks.

The cost savings approach applied by the arbitrator may be an appropriate methodology in the context of privately owned land. But the roads and bridges at issue in this case belonged to the Crown. Given that T did not own the improvements and had only a limited interest in the improvements as a licence holder, it cannot be said that it lost the replacement cost of the improvements when the province made reductions to the land base under its licences, nor can it be said that T would pay the full cost to replace the network of improvements at issue.

The arbitrator construed s. 6(4) of the *Revitalization Act* too narrowly in concluding that the distinction drawn by this provision between the value of the improvements and the value of the harvesting rights means that the market value of the tenure as a whole cannot be considered when determining the value of the improvements. There is nothing in the language or context of the Act to support this unduly restrictive reading of s. 6(4). On the contrary, it was open to the arbitrator to select any valuation method that could evaluate the value of the improvements to T as a licence holder, as long as the approach valued the improvements as separate and distinct from the harvesting rights.

The market value method was available to the arbitrator under s. 6(4) of the *Revitalization Act*, and yet the arbitrator chose to apply a method that was inconsistent with this provision. This resulted in a substantial windfall for T. The matter of compensation for the improvements relating to the three licences at issue should accordingly be remitted to the arbitrator for reconsideration.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Lowry, Chiasson and MacKenzie JJ.A.), 2015 BCCA 263, 70 B.C.L.R. (5th) 320, 373 B.C.A.C. 211, 641 W.A.C. 211, 386 D.L.R. (4th) 40, 115 L.C.R. 1, [2015] B.C.J. No. 1180 (QL), 2015 CarswellBC 1550 (WL Can.), affirming on remand a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J. and Lowry and MacKenzie JJ.A.), 2013 BCCA 326, 46 B.C.L.R. (5th) 272, 340 B.C.A.C. 256, 579 W.A.C. 256, 364 D.L.R. (4th) 465, 109 L.C.R. 276, [2013] B.C.J. No. 1480 (QL), 2013 CarswellBC 2059 (WL Can.), setting aside a decision of Bauman C.J., 2012 BCSC 543, [2012] B.C.J. No. 735 (QL), 2012 CarswellBC 1054 (WL Can.), which partially upheld an arbitrator's decision. Appeal allowed in part, Moldaver, Côté, Brown and Rowe JJ. dissenting in part.

*John J. L. Hunter, Q.C., Mark S. Oulton and K. Michael Stephens*, for the appellant.

*Karen A. Horsman, Q.C., Barbara A. Carmichael and Micah Weintraub*, for the respondent.

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

*Arbitrage — Appels — Compétence — Norme de contrôle — Sentences arbitrales commerciales — Réduction par la province de l'accès d'une entreprise forestière aux améliorations situées sur des terres de la Couronne qui servent à couper du bois — Désaccord des parties sur le montant de l'indemnité due à l'entreprise forestière et recours par celles-ci à l'arbitrage — Parties demandant l'autorisation d'interjeter appel de la sentence en vertu du par. 31(2) de l'Arbitration Act — Appel de la sentence rejeté en partie mais rejet infirmé par la Cour d'appel — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en considérant les questions tranchées par l'arbitre comme des questions de droit susceptibles de contrôle en appel? — Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, art. 31.*

*Contrats — Interprétation — Recours au fondement factuel — Réduction par la province de l'accès d'une entreprise forestière aux améliorations situées sur des terres de la Couronne qui servent à couper du bois — Conclusion par les parties d'une convention en vue de négocier l'indemnité due à l'entreprise forestière pour la perte de l'accès à des améliorations — Convention écartant le paiement d'intérêts sur l'indemnité — Désaccord des parties sur le montant de l'indemnité et recours par celles-ci à l'arbitrage — Une question de droit découle-t-elle de l'interprétation contractuelle donnée par l'arbitre au droit de l'entreprise forestière de toucher des intérêts?*

*Ressources naturelles — Forêts — Permis et licences — Réduction par la province de l'accès d'une entreprise forestière aux améliorations situées sur des terres de la Couronne qui servent à couper du bois — Désaccord des parties sur le montant de l'indemnité due à l'entreprise forestière et recours par celles-ci à l'arbitrage — La conclusion de l'arbitre selon laquelle il est possible d'évaluer les pertes de l'entreprise forestière selon la*

---

*méthode du coût de remplacement déprécié était-elle raisonnable? — Forestry Revitalization Act, S.B.C. 2003, c. 17, art. 6(4).*

T, une entreprise forestière, détient des permis de coupe de bois sur des terres de la Couronne dans la province de la Colombie-Britannique. Quand la province a réduit le volume de la coupe autorisée de T et retranché certaines zones du territoire de la Couronne en question, les parties n'ont pas été en mesure de s'entendre sur le montant de l'indemnité que la province devait à T en contrepartie de la réduction de son accès à certaines améliorations, comme des routes et des ponts, qu'utilisait T pour couper le bois. Leur différend a donc été soumis à l'arbitrage conformément à la *Forestry Revitalization Act* (« *Revitalization Act* »). L'arbitre a été saisi d'une question d'interprétation législative pour qu'il choisisse la bonne méthode d'évaluation dans le cas des améliorations en application de la *Revitalization Act* et il a jugé que cette méthode était celle du coût de remplacement déprécié. L'arbitre a également statué sur une question d'interprétation contractuelle, concluant qu'une convention intervenue entre les parties avant l'arbitrage n'excluait pas l'ajout d'intérêts sur le paiement, par la province, d'une indemnité à T pour les améliorations. Enfin, sur une question d'application de la loi, l'arbitre a décidé que T n'avait pas droit à une indemnité pour les améliorations auxquelles elle n'avait pas perdu accès. En appel, le juge saisi de la requête a confirmé la sentence de l'arbitre, sauf relativement à la question de l'application de la loi qui a été renvoyée à l'arbitre et qui a entraîné une sentence additionnelle accordant une somme égale à la valeur des améliorations. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont infirmé la décision du juge saisi de la requête, estimant que l'arbitre avait fait erreur à la fois sur la question d'interprétation législative et celle de l'interprétation contractuelle de même qu'en rendant sa décision subséquente concernant la question de l'application de la loi. Lorsque l'affaire a été renvoyée à la Cour d'appel pour qu'elle la tranche conformément à *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, la Cour d'appel a jugé à l'unanimité que cet arrêt ne changeait rien à sa décision sur l'appel, répétant sa conclusion que les questions tranchées par l'arbitre sont des questions de droit susceptibles de contrôle en appel et que l'arbitre avait erré, peu importe la norme de contrôle appliquée.

*Arrêt* (les juges Moldaver, Côté, Brown et Rowe sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie.

*La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Karakatsanis, Wagner et Gascon* : La décision rendue par la Cour d'appel à la suite du renvoi ne tient pas eu égard à *Sattva*. La marche à suivre pour qualifier une question selon l'une des trois catégories principales — questions de droit, questions de fait ou questions mixtes — est bien établie, comme le confirme *Sattva* : les questions de droit concernent la détermination du critère juridique applicable; les questions de fait portent sur ce qui s'est réellement passé entre les parties; et les questions mixtes consistent à déterminer si les faits satisfont au critère juridique. Bien que l'application d'un critère juridique à un ensemble de faits soit une question mixte, si, durant cette application, le critère juridique sous-jacent a pu être altéré, une question de droit se pose. Pareille question de droit, si elle est alléguée dans le contexte d'un différend relevant de l'*Arbitration Act*, et en supposant que les autres exigences relatives à la compétence de cette loi sont satisfaites, est susceptible de contrôle en appel. Il est plus juste d'affirmer que ces questions de droit isolables sont une forme cachée de question de droit — où le critère juridique sur lequel se fonde le juge (ou l'arbitre) peut être déduit de son application au lieu d'être énoncé clairement dans sa description — et non une quatrième catégorie, distincte, de questions.

Les tribunaux doivent cependant faire preuve de prudence lorsqu'ils relèvent des questions de droit isolables parce que les questions mixtes, par définition, comportent des aspects de droit. Les motivations pour lesquelles l'avocat qualifie stratégiquement une question mixte de question de droit — par exemple pour pouvoir saisir un tribunal de l'appel d'une sentence arbitrale ou pour faire appliquer une norme de contrôle favorable dans l'appel d'un jugement en matière civile — sont limpides. Une conception étroite des questions de droit isolables s'accorde avec le caractère définitif de l'arbitrage commercial et, de façon plus générale, avec la déférence à l'égard des conclusions de fait. Les tribunaux doivent se montrer vigilants lorsqu'il s'agit de faire une distinction entre une partie qui allègue que le critère juridique a pu être altéré lors de son application (une question de droit isolable) et une partie qui allègue que le critère juridique, qui n'a pas été altéré, aurait dû, lors de son application, donner lieu à un résultat différent (une question mixte).

Le fait de qualifier une question à l'examen de question mixte plutôt que de question de droit entraîne des différences considérables entre les appels interjetés à l'encontre d'une sentence arbitrale et ceux interjetés à l'encontre d'un jugement en matière civile. L'identification d'une question mixte dans le cadre d'un appel interjeté à

---

l'encontre d'une sentence arbitrale fait échec à la compétence du tribunal en appel suivant l'*Arbitration Act*. À l'inverse, l'identification d'une question mixte dans le cadre d'un appel interjeté à l'encontre d'un jugement en matière civile ne fait que mener à l'application d'une norme de contrôle plus rigoureuse.

Compte tenu de ces principes confirmés dans *Sattva*, la question d'interprétation législative est habituellement qualifiée de question de droit. À l'inverse, le fait de dire qu'une question en est généralement une d'interprétation contractuelle n'établit pas nécessairement la nature de la question en cause. L'interprétation contractuelle met en jeu des questions de fait, des questions de droit et des questions mixtes. Donc, il faut examiner avec délicatesse la question étroite en litige pour qualifier la nature de la question précise posée au tribunal. En général, l'interprétation contractuelle demeure une question mixte et non une question de droit; elle suppose l'application du droit des contrats (principes du droit des contrats) à des faits d'ordre contractuel (le contrat lui-même et son fondement factuel).

En l'espèce, la question d'interprétation législative, — c'est-à-dire la question de choisir une méthode d'évaluation conforme à la *Revitalization Act* — fait entrer en jeu deux types de questions : 1) les questions relatives à la catégorie générale de méthodes qui sont acceptables selon la *Revitalization Act*; et 2) les questions liées à la méthode précise, faisant partie de cette catégorie générale de méthodes acceptables, qui devrait être appliquée en fin de compte. Les premières questions — les méthodes acceptables suivant la *Revitalization Act* — concernent l'interprétation législative et, par conséquent, sont des questions de droit. Ainsi, les tribunaux ont compétence pour contrôler la décision de l'arbitre sur la question dans la mesure où cette décision consistait à cerner un ensemble de méthodes conformes à la *Revitalization Act*.

Les dernières questions — la meilleure méthode parmi celles qui respectent la *Revitalization Act* — sont inextricablement liées au dossier de preuve présenté à l'audience d'arbitrage, où différents experts se sont prononcés sur les vertus de méthodes d'évaluation incompatibles. Ce sont des questions mixtes, voire des questions de fait pures. Par conséquent, les tribunaux n'ont pas compétence pour contrôler la méthode précise choisie par l'arbitre parmi l'ensemble des méthodes conformes à la *Revitalization Act*.

Pour ce qui est de la question de l'interprétation contractuelle, les tribunaux n'ont pas compétence pour contrôler la décision de l'arbitre à ce sujet. L'arbitre — après une audience longue et complexe — était le mieux placé pour soupeser le fondement factuel dans son interprétation de la convention intervenue entre les parties à propos du paiement d'intérêts. La possibilité qu'il ait accordé beaucoup de poids à cette preuve dans son interprétation du contrat en question ne soulève pas une question de droit conférant compétence aux tribunaux suivant l'*Arbitration Act*, car cela n'altère pas le critère sous-jacent qu'il a appliqué en l'espèce. En outre, l'interprétation de l'arbitre reposait sur les termes du contrat et n'était pas supplantée par ceux-ci. Bien qu'il ait peut-être accordé beaucoup d'importance au fondement factuel quand il a interprété le sens d'« indemnité », la prétention selon laquelle l'arbitre n'a pas interprété ce fondement séparément des termes du contrat de manière à créer effectivement une nouvelle convention est dépourvue de fondement défendable.

De même, sur la question de l'application de la loi, les tribunaux n'ont pas compétence pour contrôler la décision de l'arbitre à ce sujet. La question en cause, qui consiste à savoir si l'arbitre a bien appliqué la méthode d'évaluation à un permis, est une question mixte. Elle échappe donc à la portée du contrôle en appel.

Par conséquent, les tribunaux ont uniquement compétence sur la question de l'interprétation de la loi qui consiste à cerner un ensemble de méthodes conformes à la *Revitalization Act*. La décision sur ce point a été rendue dans un contexte arbitral en application de l'*Arbitration Act*. Comme le confirme l'arrêt *Sattva*, la norme de contrôle applicable aux questions de droit découlant de l'analyse de cette question d'interprétation de la loi effectuée par l'arbitre est celle de la décision raisonnable, la norme qui s'applique presque toujours lorsqu'il s'agit de contrôler des sentences arbitrales commerciales. Ce penchant en faveur de la norme de la décision raisonnable concorde avec les principaux objectifs de politique générale de l'arbitrage commercial, à savoir l'efficacité et le caractère définitif. Et ce penchant n'est pas exclu dans la présente affaire vu la nature de la question en litige et l'expertise présumée de l'arbitre.

Il serait erroné d'affirmer que toutes les interprétations législatives d'un arbitre commandent l'application de la norme de la décision correcte simplement parce qu'elles font intervenir une question de droit. En revanche, lorsque la décision faisant l'objet du contrôle est, par exemple, un jugement en matière civile, la nature de la

---

question permet d'établir la norme de contrôle applicable, puisque les questions de fait et les questions mixtes sont examinées selon la norme de l'erreur manifeste et déterminante et les questions de droit — y compris les questions de droit isolables — doivent l'être en fonction de la norme de la décision correcte. Il est donc crucial de garder ces distinctions à l'esprit lorsque l'on détermine la norme de contrôle applicable dans un cas donné.

La Cour d'appel a conclu à tort que la norme de contrôle applicable à la question d'interprétation législative devait être celle de la décision correcte. Sa décision semble suggérer que les questions de droit, comme l'interprétation des lois, appellent toujours la norme de la décision correcte. Dans la mesure où la Cour d'appel a voulu faire cette suggestion, celle-ci est erronée. Si la nature de la question (de droit, mixte ou de fait) permet de déterminer la norme de contrôle applicable dans le contexte d'un litige civil, elle ne permet pas de le faire dans le contexte de l'arbitrage commercial.

En ce qui concerne l'étape du contrôle de l'analyse, la conclusion de l'arbitre selon laquelle la méthode du coût de remplacement déprécié respectait la *Revitalization Act* était raisonnable. Cette décision appartenait aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit, et la décision était justifiée, transparente, intelligible et défendable. La prétention selon laquelle cette méthode donne lieu à un gain fortuit élude la question, en ce qu'on tient ainsi pour acquis qu'une indemnité égale à la valeur de toutes les améliorations est excessive alors qu'on est en train d'expliquer cet excès. Et la prétention voulant qu'une indemnité excessive ait été payée en l'espèce repose sur la supposition selon laquelle il ne convenait pas que l'arbitre ordonne le paiement d'une indemnité supérieure aux frais réels de T, malgré l'absence dans la *Revitalization Act* de toute disposition limitant l'indemnité de T à ses frais ou dépenses réels. La pleine « valeur des améliorations apportées aux terres de la Couronne » est l'expression choisie par le législateur pour désigner le montant de l'indemnité dans la disposition d'indemnisation. Si le législateur provincial avait voulu verser aux entreprises une indemnité inférieure à la « valeur des améliorations apportées aux terres de la Couronne », il n'aurait pas prévu une indemnité « égale à » celle-ci. Le raisonnement de l'arbitre n'est donc guère indéfendable, d'autant plus que le libellé de la disposition d'indemnisation fixe clairement l'indemnité au montant précisément établi par l'arbitre. Au bout du compte, le législateur a le droit d'offrir aux entreprises forestières une indemnité prévue par la loi dont le montant n'est pas fonction de la nature de leur intérêt dans la terre de la Couronne en cause et l'interprétation donnée par l'arbitre à la disposition d'indemnisation commande donc la déférence.

*Les juges Moldaver, Côté, Brown et Rowe* (dissidents en partie) : Peu importe la norme de contrôle applicable, l'interprétation que l'arbitre a donnée au par. 6(4) de la *Revitalization Act* ne tient pas. La seule interprétation du par. 6(4) qui résiste à un examen selon l'une ou l'autre norme de contrôle est celle selon laquelle T, en tant que titulaire de permis, n'avait le droit de recevoir une indemnité que pour son intérêt limité dans les améliorations. En évaluant les améliorations en vertu du par. 6(4), l'arbitre devait tenir compte du fait que T, en tant que titulaire de permis, n'était pas propriétaire des améliorations, lesquelles appartenaient à la Couronne.

Le sens ordinaire du par. 6(4) est le suivant : T a le droit d'être indemnisée sur une base reflétant l'intérêt limité qu'elle possède dans les améliorations en tant que titulaire de permis. Ce sens ordinaire du par. 6(4) est compatible avec l'objet de la *Revitalization Act* et son contexte d'expropriation. La *Revitalization Act* vise à réduire les droits des titulaires de permis, plus particulièrement leurs droits de couper du bois et d'utiliser les améliorations, et à indemniser les titulaires de permis pour ces réductions. À la suite des reprises en litige, T a perdu une partie de son droit d'utiliser les améliorations, et non des droits de propriété sur celles-ci. Il va à l'encontre de l'objet de la *Revitalization Act* d'accorder à T une indemnité excédant la valeur de ce qu'elle a perdu en raison des reprises.

L'approche fondée sur les économies de coûts adoptée par l'arbitre peut constituer une méthode adéquate dans le cas des terres privées, mais les routes et les ponts en cause appartenaient à la Couronne. Puisque T n'était pas propriétaire des améliorations et n'avait qu'un intérêt limité dans celles-ci en tant que titulaire de permis, on ne saurait affirmer qu'elle a perdu le coût de remplacement des améliorations lorsque la province a réduit le territoire visé par ses permis, et on ne peut pas non plus dire que T paierait le coût total du remplacement du réseau d'améliorations en cause.

L'arbitre a interprété trop restrictivement le par. 6(4) de la *Revitalization Act* en concluant que la distinction établie par cette disposition entre la valeur des améliorations et celle des droits de coupe signifie que la valeur marchande de l'ensemble de la tenure ne peut être prise en compte pour déterminer la valeur des améliorations. Rien dans le texte ou le contexte de la *Revitalization Act* n'appuie cette interprétation trop restrictive du par. 6(4). Au contraire, il était loisible à l'arbitre de choisir une méthode d'évaluation qui permettait de fixer la valeur des

améliorations pour T en tant que titulaire d'un permis, pourvu que l'approche choisie serve à évaluer les améliorations comme élément séparé et distinct des droits de coupe.

L'arbitre pouvait utiliser la méthode de la valeur marchande en vertu du par. 6(4) de la *Revitalization Act*. Pourtant, il a choisi de recourir à une méthode incompatible avec cette disposition, ce qui a permis à T de réaliser un gain fortuit substantiel. La question de l'indemnité pour les améliorations concernant les trois permis en litige doit donc être renvoyée à l'arbitre pour nouvel examen.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Lowry, Chiasson et MacKenzie), 2015 BCCA 263, 70 B.C.L.R. (5th) 320, 373 B.C.A.C. 211, 641 W.A.C. 211, 386 D.L.R. (4th) 40, 115 L.C.R. 1, [2015] B.C.J. No. 1180 (QL), 2015 CarswellBC 1550 (WL Can.), qui a confirmé après renvoi un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Lowry et MacKenzie), 2013 BCCA 326, 46 B.C.L.R. (5th) 272, 340 B.C.A.C. 256, 579 W.A.C. 256, 364 D.L.R. (4th) 465, 109 L.C.R. 276, [2013] B.C.J. No. 1480 (QL), 2013 CarswellBC 2059 (WL Can.), lequel avait infirmé une décision du juge en chef Bauman, 2012 BCSC 543, [2012] B.C.J. No. 735 (QL), 2012 CarswellBC 1054 (WL Can.), confirmant en partie une sentence arbitrale. Pourvoi accueilli en partie, les juges Moldaver, Côté, Brown et Rowe sont dissidents en partie.

*John J. L. Hunter, c.r., Mark S. Oulton et K. Michael Stephens*, pour l'appelante.

*Karen A. Horsman, c.r., Barbara A. Carmichael et Micah Weintraub*, pour l'intimée.

---

*Douez v. Facebook* (B.C.) (36616)

**Indexed as: Douez v. Facebook, Inc. / Répertoire : Douez c. Facebook, Inc.**

**Neutral citation: 2017 SCC 33 / Référence neutre : 2017 CSC 33**

Hearing: November 4, 2016 / Judgment: June 23, 2017

Audition : Le 4 novembre 2016 / Jugement : Le 23 juin 2017

---

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

*Private international law — Courts — Jurisdiction — Choice of forum — Forum selection clauses — Consumer contract of adhesion — Company with head office in California operating online social network — Company’s terms of use containing forum selection clause in favour of California courts — Resident of British Columbia and member of company’s online social network bringing action against company in British Columbia relying on statutory tort pursuant to British Columbia’s Privacy Act — Whether action should be stayed on basis of forum selection clause contained in terms of use — Common law test for forum selection clauses applied in consumer context — Whether analysis of forum selection clauses should be subsumed under forum non conveniens test adopted in s. 11 of the Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act — Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 373, s. 4 — Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.B.C. 2003, c. 28, s. 11.*

*Privacy — Courts — Jurisdiction — British Columbia’s Privacy Act providing that despite anything contained in another Act, actions under Privacy Act must be heard and determined by Supreme Court of that province — Statute silent on contractual provisions — Whether Privacy Act overrides forum selection clauses — Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 373, s. 4.*

Facebook, an American corporation headquartered in California, operates one of the world’s leading social networks and generates most of its revenues from advertising. D is a resident of British Columbia and has been a member of Facebook since 2007. In 2011, Facebook created a new advertising product called “Sponsored Stories”, which used the name and picture of Facebook members to advertise companies and products to other members. D brought an action in British Columbia against Facebook alleging that it used her name and likeness without consent for the purposes of advertising, in contravention to s. 3(2) of British Columbia’s *Privacy Act*. D also seeks certification of her action as a class proceeding under the *Class Proceedings Act*. The proposed class includes all British Columbia residents who had their name or picture used in Sponsored Stories. The estimated size of the class is 1.8 million people.

Under s. 4 of the *Privacy Act*, actions under the Act must be heard in the British Columbia Supreme Court. However, as part of the registration process, all potential users of Facebook must agree to its terms of use which include a forum selection and choice of law clause requiring that disputes be resolved in California according to California law.

Facebook brought a preliminary motion to stay the action on the basis of this forum selection clause. The chambers judge declined to enforce the clause and certified the class action. The British Columbia Court of Appeal reversed the stay decision of the chambers judge on the basis that Facebook’s forum selection clause was enforceable and that D failed to show strong cause not to enforce it. This rendered the certification issue moot and the court declined to address it.

*Held* (McLachlin C.J., Moldaver and Côté JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The forum selection clause is unenforceable. The chambers judge’s order dismissing Facebook’s application to have the Supreme Court of British Columbia decline jurisdiction is restored.

*Per Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.:* In the absence of legislation to the contrary, the common law test for forum selection clauses established in *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450, continues to apply and provides the analytical framework for this case. The *forum non conveniens* test adopted in the *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (“*CJPTA*”) was not intended to replace the common law test for forum selection clauses. The analysis of forum selection clauses thus remains separate, despite the enactment of the *CJPTA*.

---

Forum selection clauses serve a valuable purpose and are commonly used and regularly enforced. However, forum selection clauses divert public adjudication of matters out of the provinces, and court adjudication in each province is a public good. Because forum selection clauses encroach on the public sphere of adjudication, Canadian courts do not simply enforce them like any other clause. Where no legislation overrides the forum selection clause, the two-step approach set out in *Pompey* applies to determine whether to enforce a forum selection clause and stay an action brought contrary to it. At the first step, the party seeking a stay must establish that the clause is valid, clear and enforceable and that it applies to the cause of action before the court. If this party succeeds, the onus shifts to the plaintiff who must show strong cause why the court should not enforce the forum selection clause and stay the action. At this second step of the test, a court must consider all the circumstances, including the convenience of the parties, fairness between the parties and the interests of justice. Public policy may also be a relevant factor at this step. The strong cause factors have been interpreted and applied restrictively in the commercial context, but commercial and consumer relationships are very different. Irrespective of the formal validity of the contract, the consumer context may provide strong reasons not to enforce forum selection clauses. Thus, the *Pompey* strong cause factors should be modified in the consumer context to account for the different considerations relevant to this context. When considering whether it is reasonable and just to enforce an otherwise binding forum selection clause in a consumer contract, courts should take account of all the circumstances of the particular case, including public policy considerations relating to the gross inequality of bargaining power between the parties and the nature of the rights at stake.

As this Court recognized in *Pompey*, legislative provisions can override forum selection clauses. In the present case, s. 4 of the *Privacy Act* lacks the clear and specific language that legislatures normally use to override forum selection clauses. While the legislature intended s. 4 of the *Privacy Act* to confer jurisdiction to the British Columbia Supreme Court to resolve matters brought under the Act, nothing suggests that it was also intended to override forum selection clauses.

With respect to the first step of the *Pompey* test, the forum selection clause contained in Facebook's terms of use is enforceable. At the second step of the test, however, D has met her burden of establishing that there is strong cause not to enforce the forum selection clause. A number of different factors, when considered cumulatively, support a finding of strong cause. Most importantly, the claim involves a consumer contract of adhesion between an individual consumer and a large corporation and a statutory cause of action implicating the quasi-constitutional privacy rights of British Columbians. It is clear from the evidence that there was gross inequality of bargaining power between the parties. Individual consumers in this context are faced with little choice but to accept Facebook's terms of use. Additionally, Canadian courts have a greater interest in adjudicating cases impinging on constitutional and quasi-constitutional rights because these rights play an essential role in a free and democratic society and embody key Canadian values. This matter requires an interpretation of a statutory privacy tort and only a local court's interpretation of privacy rights under the *Privacy Act* will provide clarity and certainty about the scope of the rights to others in the province. Overall, these public policy concerns weigh heavily in favour of strong cause.

Two other secondary factors also suggest that the forum selection clause should not be enforced. First, even assuming that a California court could or would apply the *Privacy Act*, the interests of justice support having the action adjudicated by the British Columbia Supreme Court. The lack of evidence concerning whether a California court would hear D's claim is not determinative. The British Columbia Supreme Court, as compared to a California one, is better placed to assess the purpose and intent of the legislation and to decide whether public policy or legislative intent prevents parties from opting out of rights created by the *Privacy Act* through a choice of law clause in favour of a foreign jurisdiction. Second, the expense and inconvenience of requiring British Columbian individuals to litigate in California, compared to the comparative expense and inconvenience to Facebook, further supports a finding of strong cause. The chambers judge found it would be more convenient to have Facebook's books and records made available for inspection in British Columbia than requiring D to travel to California to advance her claim. There is no reason to disturb this finding.

*Per Abella J.:* This is an online consumer contract of adhesion. To become a member of Facebook, a consumer must accept all the terms stipulated in the terms of use, including the forum selection clause. No bargaining, no choice, no adjustments. The automatic nature of the commitments made with online contracts intensifies the scrutiny for clauses that have the effect of impairing a consumer's access to potential remedies.



The operative test in *Pompey* for determining whether to enforce a forum selection clause engages two distinct inquiries. The first is into whether the clause is enforceable under contractual doctrines like public policy, duress, fraud, unconscionability or grossly uneven bargaining positions. If the clause is enforceable, the onus shifts to the consumer to show “strong cause” why the clause should not be enforced because of factors typically considered under the *forum non conveniens* doctrine. Keeping the two *Pompey* inquiries distinct means that before the onus shifts, the focus starts where it should, namely on whether the contract or clause itself is enforceable based on basic contractual principles.

In this case, the forum selection clause is unenforceable under the first step of the *Pompey* test applying contractual principles.

The burdens of forum selection clauses on consumers and their ability to access the court system range from added costs, logistical impediments and delays, to deterrent psychological effects. When online consumer contracts of adhesion contain terms that unduly impede the ability of consumers to vindicate their rights in domestic courts, particularly their quasi-constitutional or constitutional rights, public policy concerns outweigh those favouring enforceability of a forum selection clause.

Public policy concerns relating to access to domestic courts are especially significant in this case given that it deals with a fundamental right: privacy. Section 4 of British Columbia’s *Privacy Act* states that the particular protections in the *Act* “must be heard and determined by the Supreme Court despite anything contained in another Act”. This is statutory recognition that privacy rights under the *Act* are entitled to protection in British Columbia by judges of the British Columbia Supreme Court. It would be contrary to public policy to enforce a forum selection clause in a consumer contract that has the effect of depriving a party of access to a statutorily mandated court.

Tied to the public policy concerns is the “grossly uneven bargaining power” of the parties. Facebook is a multi-national corporation which operates in dozens of countries. D is a private citizen who had no input into the terms of the contract and, in reality, no meaningful choice as to whether to accept them given Facebook’s undisputed indispensability to online conversations.

The doctrine of unconscionability also applies in this case to render the forum selection clause unenforceable. Both elements required for the doctrine of unconscionability to apply — inequality of bargaining power and unfairness — are met in this case. The inequality of bargaining power between Facebook and D in an online contract of adhesion gave Facebook the unilateral ability to require that any legal grievances D had could not be vindicated in British Columbia where the contract was made, but only in California where Facebook has its head office. This gives Facebook an unfair and overwhelming procedural — and potentially substantive — benefit.

*Per McLachlin C.J.* and Moldaver and Côté JJ. (dissenting): When parties agree to a jurisdiction for the resolution of disputes, courts will give effect to that agreement, unless the claimant establishes strong cause for not doing so. In this case, D has not shown strong cause for not enforcing the forum selection clause to which she agreed. Therefore, the action must be tried in California, as the contract requires, and a stay of the underlying claim should be entered.

Section 11 of the *CJPTA* does not apply to oust forum selection clauses. Pursuant to *Pompey*, where the parties have agreed in advance to a choice of forum, there is no need to inquire into which of the two forums is the more convenient; the parties have settled the matter by their contract, unless the contractual clause is invalid or inapplicable or should not be applied because the plaintiff has shown strong cause not to do so. A unified test that would apply forum selection clauses as an element of the *forum non conveniens* test should be rejected. While the *CJPTA* is a complete codification of the common law related to *forum non conveniens*, it does not supplant the common law principles underlying the enforcement of forum selection clauses. If the test in *Pompey* is satisfied and the forum selection clause is inapplicable, the result is a situation where there are two competing possibilities for forum. At this point, the *CJPTA* which codifies the common law provisions for *forum non conveniens* applies. In this case, the test in *Pompey* is not satisfied and therefore s. 11 of the *CJPTA* does not assist D.

With respect to the first step of the *Pompey* test, Facebook has discharged the burden of establishing that the forum selection clause is enforceable and applies in the circumstances: it is established that an enforceable contract

---

may be formed by clicking an appropriately designated online icon; the contract on its face is clear and there is no inconsistency between a commitment to strive to apply local laws and an agreement that disputes will be tried in California; and finally, s. 4 of the *Privacy Act* grants the Supreme Court of British Columbia subject matter jurisdiction over *Privacy Act* claims to the exclusion of other British Columbia courts but nothing in the language of s. 4 suggests that it can render an otherwise valid contractual term unenforceable.

While the court can refuse to enforce otherwise valid contractual provisions that offend public policy, the party seeking to avoid enforcement of the clause must prove the existence of an overriding public policy that outweighs the very strong public interest in the enforcement of contracts. No such overriding public policy is found on the facts of this case. Forum selection clauses, far from being unconscionable or contrary to public policy, are supported by strong policy considerations. They serve an important role of increasing certainty and predictability in transactions that take place across borders. And, the fact that a contract is in standard form does not affect the validity of such a clause. That is not to say that forum selection clauses will always be given effect by the courts. Burdens of distance or geography may render the application of a forum selection clause unfair in the circumstances. However, those considerations are relevant at the second step of *Pompey*, not the first. Here, the forum selection clause is valid and applicable and the first step of *Pompey* test has been met.

As to the second step of the *Pompey* test, requiring the plaintiff to demonstrate strong cause is essential for upholding certainty, order and predictability in private international law, especially in light of the proliferation of online services provided across borders. In this case, none of the circumstances relied on by D show strong cause why the forum selection clause should not be enforced. She has not shown that the facts in the case and the evidence to be adduced shifts the balance of convenience from the contracted state of California to British Columbia. Further, the British Columbia tort created by the *Privacy Act* does not require special expertise and the courts of California have not been shown to be disadvantaged in interpreting the *Privacy Act* as compared with the Supreme Court of British Columbia. Nothing in D's situation suggests that the class action she wishes to commence could not be conducted in California just as easily as in British Columbia. There is also no suggestion that Facebook does not genuinely wish all litigation with users to take place in California. Finally, D has not shown that application of the forum selection clause would deprive her of a fair trial.

Applying the strong cause test in a nuanced manner or modifying the test to place the burden on the defendant in the context of consumer contracts of adhesion would amount to inappropriately overturning the Court's decision in *Pompey* and substituting new and different principles. Nuancing the strong cause test by considering the factor of the consumer's lack of bargaining power conflates the first step of the test set out in *Pompey* with the second step, in a way that profoundly alters the law endorsed in *Pompey*. It is at the first step that inequality of bargaining power is relevant. Inequality of bargaining power may lead to a clause being declared unconscionable – something not argued by D. In this case, Facebook has demonstrated that the forum selection clause is enforceable and D has failed to establish strong cause why the forum selection clause she agreed to should not be enforced.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Bauman C.J.B.C. and Lowry and Goepel JJ.A.), 2015 BCCA 279, 77 B.C.L.R. (5th) 116, 374 B.C.A.C. 56, 642 W.A.C. 56, 73 C.P.C. (7th) 87, 387 D.L.R. (4th) 360, [2016] 1 W.W.R. 287, [2015] B.C.J. No. 1270 (QL), 2015 CarswellBC 1671 (WL Can.), setting aside a decision of Griffin J., 2014 BCSC 953, 313 C.R.R. (2d) 254, 53 C.P.C. (7th) 302, [2014] B.C.J. No. 1051 (QL), 2014 CarswellBC 1487 (WL Can.). Appeal allowed, McLachlin C.J. and Moldaver and Côté JJ. dissenting.

*Ward K. Branch, Q.C., Christopher Rhone and Michael Sobkin*, for the appellant.

*Mark A. Gelowitz and W. David Rankin*, for the respondent.

*Cynthia Kuehl and Meredith E. Jones*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Paul J. Bates, Marina Pavlovic and Jeremy de Beer*, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

*Matthew P. Gottlieb, Paul Michell and Ian C. Matthews*, for the intervener the Information Technology Association of Canada.

---

*Derek J. Bell and Jason M. Berall, for the intervener the Interactive Advertising Bureau of Canada.*

---

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

*Droit international privé — Tribunaux — Compétence — Choix du tribunal — Clause d'élection de for — Contrat d'adhésion en matière de consommation — Exploitation d'un réseau social en ligne par une entreprise dont le siège est situé en Californie — Présence dans les conditions d'utilisation de l'entreprise d'une clause d'élection de for attribuant compétence aux tribunaux de la Californie — Action d'une résidente de la Colombie-Britannique membre du réseau social alléguant la commission par l'entreprise d'un délit civil prévu dans la Privacy Act de la Colombie-Britannique — Y a-t-il lieu de suspendre l'action en raison de la clause d'élection de for que renferment les conditions d'utilisation? — Application à un contrat de consommation du test de common law qui vaut à l'égard des clauses d'élection de for — L'analyse que commande la clause d'élection de for devrait-elle être assimilée à celle que commande la règle du forum non conveniens adoptée à l'art. 11 de la Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act? — Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 373, art. 4 — Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.B.C. 2003, c. 28, art. 11.*

*Protection des renseignements personnels — Tribunaux — Compétence — La Privacy Act de la Colombie-Britannique prévoit que, malgré les dispositions de toute autre loi, la Cour suprême de cette province connaît de toute action fondée sur ses dispositions — Elle ne fait aucune mention des stipulations contractuelles — A-t-elle préséance sur les clauses d'élection de for? — Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 373, art. 4.*

Entreprise américaine dont le siège est situé en Californie, Facebook exploite l'un des principaux réseaux sociaux au monde et tire la plus grande partie de ses revenus de la publicité. D réside en Colombie-Britannique et est membre de Facebook depuis 2007. En 2011, Facebook a lancé un nouveau produit publicitaire appelé « actualités sponsorisées » (« *Sponsored Stories* »). Ce produit utilisait le nom et la photo de membres pour faire la publicité d'entreprises et de produits auprès des autres membres. D a intenté en Colombie-Britannique une action dans laquelle elle allègue que Facebook s'est servi de son nom et de son image sans son consentement pour faire de la publicité et qu'elle a ainsi contrevenu au par. 3(2) de la *Privacy Act* de la Colombie-Britannique. D demande par ailleurs la certification d'un recours collectif en vertu de la *Class Proceedings Act*. Le groupe projeté englobe tous les résidents de la Colombie-Britannique dont le nom ou la photo a été utilisé dans une actualité sponsorisée. On estime à 1,8 million le nombre de ces personnes.

Selon l'art. 4 de la *Privacy Act*, toute action intentée sous le régime de la Loi ressortit à la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Cependant, lorsqu'il adhère à Facebook, l'utilisateur éventuel doit accepter les conditions d'utilisation du réseau social, dont une clause d'élection de for et de désignation du droit applicable qui stipule que toute contestation sera portée devant un tribunal de la Californie, lequel tranchera selon le droit de cet État.

Au stade préliminaire, Facebook a demandé la suspension de l'action en invoquant la clause d'élection de for. La juge de première instance a refusé de donner effet à la clause et a certifié le recours collectif. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé la décision de première instance sur la demande de suspension au motif que la clause d'élection de for de Facebook était exécutoire et que D n'avait pas démontré l'existence de motifs sérieux de ne pas lui donner effet. La question de la certification est donc devenue théorique, et la Cour d'appel a refusé de l'examiner.

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et les juges Moldaver et Côté sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. La clause d'élection de for est inexécutoire. L'ordonnance de la juge de première instance rejetant la demande présentée par Facebook afin que la Cour suprême de la Colombie-Britannique décline compétence est rétablie.

Les juges **Karakatsanis**, **Wagner** et **Gascon** : Faute de dispositions législatives à l'effet contraire, le test de common law applicable aux clauses d'élection de for établi dans l'arrêt *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450, continue de s'appliquer et offre le cadre d'analyse qui convient dans la présente affaire. Le test du *forum non conveniens* adopté dans la *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (« *CJPTA* »)

---

n'a pas été conçu pour remplacer le test de common law qui vaut à l'égard des clauses d'élection de for. L'analyse que commandent ces clauses demeure donc distincte malgré l'adoption de la *CJPTA*.

Les clauses d'élection de for ont une raison d'être louable; elles sont d'usage courant, et on leur donne couramment effet. Toutefois, elles ont pour effet de soustraire un litige à la fonction juridictionnelle des tribunaux d'une province, alors que l'exercice de cette fonction juridictionnelle dans chaque province sert le bien commun. Mais comme elles empiètent sur la fonction juridictionnelle de l'autorité judiciaire publique, les tribunaux canadiens ne se contentent pas de les appliquer comme n'importe quelles autres clauses. Lorsqu'aucune loi n'a préséance sur elles, la démarche en deux étapes établie dans *Pompey* s'applique pour décider s'il y a lieu ou non de donner effet à une clause d'élection de for et de suspendre l'action intentée malgré l'existence de celle-ci. À la première étape, la partie qui demande la suspension doit établir que la clause est valide, claire et exécutoire et qu'elle s'applique à la cause d'action dont le tribunal est saisi. Si elle y parvient, le fardeau de preuve devient celui du demandeur, qui doit démontrer l'existence de motifs sérieux pour lesquels le tribunal ne devrait pas donner effet à la clause d'élection de for et suspendre l'action. À cette seconde étape de la démarche, le tribunal doit prendre en considération toutes les circonstances, y compris les inconvénients pour les parties, l'équité entre les parties et l'intérêt de la justice. L'intérêt public peut aussi être pris en compte à cette étape. Les considérations liées à l'existence de motifs sérieux ont été interprétées et appliquées de manière restrictive dans le domaine commercial, mais il y a une grande différence entre rapports commerciaux et rapports de consommation. Indépendamment de la validité formelle du contrat, le fait qu'il s'agit d'un contrat de consommation peut offrir des motifs sérieux de refuser de donner effet à une clause d'élection de for. Ainsi, les considérations qui président à l'application du critère des motifs sérieux de l'arrêt *Pompey* devraient, dans le cas d'un contrat de consommation, en englober d'autres pertinentes dans ce contexte. Pour décider s'il est juste et raisonnable de donner effet à la clause d'élection de for par ailleurs contraignante d'un contrat de consommation, le tribunal devrait tenir compte de toutes les circonstances de l'affaire, y compris les considérations d'intérêt public touchant l'inégalité flagrante du pouvoir de négociation des parties et la nature des droits en jeu.

Dans *Pompey*, la Cour reconnaît qu'une disposition législative peut prévaloir sur une clause d'élection de for. Dans la présente affaire, on ne trouve pas à l'art. 4 de la *Privacy Act* le libellé clair et explicite qu'emploie habituellement le législateur pour écarter une clause d'élection de for. Même s'il souhaitait que l'art. 4 de la *Privacy Act* confère compétence à la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour statuer sur les demandes présentées sous le régime de la Loi, rien ne permet de penser qu'il souhaitait aussi que la disposition ait préséance sur les clauses d'élection de for.

À la première étape du test de l'arrêt *Pompey*, la clause d'élection de for des conditions d'utilisation de Facebook est jugée exécutoire. À la seconde, toutefois, D s'est déchargée de son fardeau d'établir l'existence de motifs sérieux de ne pas lui donner effet. Par leur effet cumulatif, plusieurs considérations différentes permettent de conclure à l'existence de motifs sérieux. Mais surtout, la contestation vise un contrat d'adhésion en matière de consommation intervenu entre un consommateur et une grande entreprise ainsi qu'une cause d'action conférée par la loi qui fait intervenir les droits quasi constitutionnels des Britanno-Colombiens à la protection de leur vie privée. L'inégalité flagrante du pouvoir de négociation entre les parties ressort de la preuve. Dans ce contexte, le consommateur n'a pratiquement pas d'autre choix que d'accepter les conditions d'utilisation de Facebook. De plus, il existe un intérêt prépondérant à ce que les tribunaux canadiens statuent dans les affaires qui portent sur des droits constitutionnels ou quasi constitutionnels, car ces droits jouent un rôle essentiel dans une société libre et démocratique et incarnent des valeurs canadiennes fondamentales. La présente affaire requiert l'interprétation d'un délit civil d'origine législative, et seule l'interprétation par une juridiction locale des droits à la vie privée que confère la *Privacy Act* offrira aux autres résidents de la province clarté et certitude sur la portée de ces droits. En somme, ces considérations liées à l'intérêt public militent fortement en faveur de l'existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause d'élection de for.

Deux autres considérations secondaires donnent aussi à penser que la clause d'élection de for ne devrait pas s'appliquer. Premièrement, à supposer même qu'un tribunal californien pourrait appliquer ou appliquerait la *Privacy Act*, l'intérêt de la justice milite en faveur de l'instruction de l'action par la Cour suprême de la Colombie-Britannique. L'absence de preuve qu'un tribunal de la Californie refuserait d'entendre la demande de D n'est pas décisive. La Cour suprême de la Colombie-Britannique est mieux placée qu'une juridiction californienne pour définir l'objet de la loi et l'intention qui la sous-tend, puis décider si l'intérêt public ou l'intention du législateur empêche les parties d'écarter les droits issus de la *Privacy Act* en choisissant de se soumettre au droit d'un ressort étranger. Deuxièmement, les frais et les inconvénients occasionnés aux Britanno-Colombiens par l'obligation de

---

poursuivre en Californie, comparés à ceux occasionnés à Facebook, étayent aussi la conclusion qu'il existe des motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause d'élection de for. La juge de première instance a conclu qu'il serait plus commode de rendre les registres et les dossiers de Facebook disponibles pour examen en Colombie-Britannique que d'obliger D à se déplacer jusqu'en Californie pour défendre sa cause. Aucun élément ne justifie de modifier sa conclusion.

*La juge Abella* : Le pourvoi a pour objet un contrat d'adhésion en matière de consommation. Pour devenir membre de Facebook, un consommateur doit adhérer aux conditions d'utilisation du réseau social dans leur intégralité, ce qui comprend la clause d'élection de for. Il n'y a ni négociation, ni choix, ni modulation. Le caractère automatique des engagements qui résultent d'un contrat conclu en ligne resserre l'examen des clauses qui ont l'effet de compromettre l'accès du consommateur à d'éventuels recours.

Le test établi dans l'arrêt *Pompey* pour décider de l'applicabilité d'une clause d'élection de for suppose deux examens distincts. Le premier consiste à se demander si la clause est exécutoire suivant des doctrines appliquées en droit des contrats comme l'ordre public, la contrainte, la fraude, l'iniquité et le déséquilibre flagrant du pouvoir de négociation des parties. Si la clause est jugée exécutoire, il incombe alors au consommateur de démontrer l'existence de « motifs sérieux » de ne pas donner effet à la clause en raison de considérations qui ressortissent habituellement à la doctrine du *forum non conveniens*. Assurer le caractère distinct de chacune des étapes de la démarche suivie dans *Pompey* c'est se poser la bonne question avant de faire passer le fardeau de la preuve au consommateur : le contrat ou la clause comme telle est-il exécutoire au regard des principes fondamentaux du droit contractuel?

Dans la présente affaire, la clause d'élection de for n'est pas exécutoire au regard des principes du droit contractuel appliqués à la première étape du test de l'arrêt *Pompey*.

Les contraintes que les clauses d'élection de for imposent aux consommateurs et à leur accès à la justice vont des coûts supplémentaires, des difficultés d'ordre logistique et des délais aux effets psychologiques dissuasifs. Lorsqu'un contrat d'adhésion en matière de consommation conclu en ligne renferme des conditions qui compromettent indûment la faculté qu'a le consommateur de faire valoir ses droits devant les tribunaux nationaux, surtout s'il s'agit de droits quasi constitutionnels ou constitutionnels, les considérations liées à l'ordre public l'emportent sur celles qui militent en faveur du caractère exécutoire d'une clause d'élection de for.

Les considérations liées à l'ordre public et à l'accès aux tribunaux nationaux sont d'autant plus importantes dans la présente affaire qu'un droit fondamental comme celui au respect de la vie privée est en jeu. L'article 4 de la *Privacy Act* de la Colombie-Britannique dispose que, [TRADUCTION] « [m]algré les dispositions de toute autre loi, la Cour suprême [de la province] connaît de toute action » relative aux garanties qu'offre la Loi. Le législateur y reconnaît que les droits à la vie privée conférés par la Loi bénéficient dans la province de la protection des juges de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Donner effet à la clause d'élection de for d'un contrat de consommation qui empêche une partie de saisir le tribunal désigné par la loi irait à l'encontre de l'ordre public.

À ces considérations d'ordre public s'ajoute le « pouvoir de négociation très inégal » des parties. Facebook est une multinationale présente dans des dizaines de pays. D est une simple citoyenne qui n'a eu aucun mot à dire sur les conditions du contrat et, de fait, elle n'a pas vraiment eu d'autre choix que de les accepter étant donné le fait incontesté que l'utilisation de Facebook est indispensable dans les échanges en ligne.

La doctrine de l'iniquité s'applique elle aussi de manière à rendre la clause d'élection de for inexécutoire. Les deux éléments requis pour que s'applique la doctrine de l'iniquité — l'inégalité du pouvoir de négociation et l'injustice — sont réunis en l'espèce. L'inégalité du pouvoir de négociation de Facebook et de D face à un contrat d'adhésion conclu en ligne a conféré à Facebook la faculté unilatérale d'exiger de D qu'elle fasse valoir toute réclamation juridique non pas en Colombie-Britannique, où le contrat est intervenu, mais seulement en Californie, où se trouve le siège de Facebook. Il en résulte pour cette dernière un avantage injuste et écrasant sur le plan procédural et, peut-être aussi, sur le plan substantiel.

*La juge en chef McLachlin* et les juges Moldaver et *Côté* (dissidents) : Lorsque les parties conviennent d'un ressort pour le règlement de leurs différends, les tribunaux donnent effet à cet accord à moins que le demandeur n'établisse l'existence de motifs sérieux de ne pas le faire. Dans la présente affaire, D n'a pas établi l'existence

---

de motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause d'élection de for qu'elle avait acceptée. Par conséquent, l'action devrait être entendue en Californie comme le stipule le contrat et faire l'objet d'une suspension d'instance.

L'article 11 de la *CJPTA* ne permet pas d'écarter une clause d'élection de for. Conformément à l'arrêt *Pompey*, lorsque les parties se sont entendues au préalable sur un ressort, il n'y a pas lieu de se demander lequel des deux ressorts convient le plus; elles ont réglé la question dans leur contrat, sous réserve de l'invalidité ou du caractère inapplicable de la clause contractuelle ou de l'existence — établie par le demandeur — de motifs sérieux de ne pas lui donner effet. Il convient de rejeter l'idée d'un test unifié qui intégrerait l'analyse relative à la clause d'élection de for à celle du *forum non conveniens*. Bien que la *CJPTA* codifie entièrement la règle du *forum non conveniens* de la common law, elle n'a pas préséance sur les principes de common law qui sous-tendent l'exécution d'une clause d'élection de for. Lorsqu'il est satisfait au test de l'arrêt *Pompey* et que la clause d'élection de for est inexécutoire, deux ressorts concurrents sont susceptibles d'avoir compétence. C'est alors que s'applique la *CJPTA*, qui codifie la règle du *forum non conveniens* de la common law. Dans la présente affaire, le test de l'arrêt *Pompey* n'est pas satisfait, et D ne peut donc pas bénéficier de l'art. 11 de la *CJPTA*.

En ce qui a trait au premier volet du test de l'arrêt *Pompey*, Facebook s'est acquittée de son fardeau de démontrer que la clause d'élection de for est exécutoire et qu'elle s'applique dans les circonstances : il est établi qu'un contrat exécutoire peut être formé en ligne en cliquant sur une icône bien identifiée; le contrat est incontestablement clair et le fait de s'engager à s'efforcer d'appliquer les lois locales n'est pas contradictoire avec celui de convenir d'intenter tout recours éventuel en Californie; enfin, l'art. 4 de la *Privacy Act* accorde à la Cour suprême de la Colombie-Britannique compétence *rationae materiae* à l'égard des demandes fondées sur la *Privacy Act* à l'exclusion de tout autre tribunal de la province, mais aucun élément de son libellé ne donne à penser qu'il peut rendre inexécutoire une clause contractuelle par ailleurs valide.

Même si un tribunal peut refuser de donner effet à une stipulation contractuelle par ailleurs valide, mais qui contrevient à l'ordre public, la partie qui cherche à ce que cette clause soit sans effet doit établir l'existence d'une considération d'ordre public prépondérante qui l'emporte sur le très grand intérêt public lié à l'exécution des contrats. Les faits de la présente affaire ne révèlent pas l'existence d'une telle considération d'ordre public prépondérante. Loin d'être iniques ou contraires à l'ordre public, les clauses d'élection de for procèdent de solides considérations d'intérêt public. Elles contribuent à accroître la certitude et la prévisibilité dans les opérations transfrontalières. Et le fait qu'elles figurent dans des contrats types n'a pas d'incidence sur leur validité. Cela ne signifie pas que le tribunal leur donnera toujours effet. Des obstacles liés à l'éloignement ou des obstacles géographiques peuvent rendre l'application d'une clause d'élection de for injuste dans certains cas. Or, ces considérations intéressent le deuxième volet du test de l'arrêt *Pompey*, non le premier. Dans la présente affaire, la clause d'élection de for est valide et applicable et il est satisfait au premier volet du test de l'arrêt *Pompey*.

Quant au deuxième volet de ce test, exiger du demandeur qu'il établisse l'existence de motifs sérieux est essentiel au maintien de la certitude, de l'ordre et de la prévisibilité qu'assure le droit international privé, surtout au vu de la prolifération des services en ligne transfrontaliers. Dans la présente affaire, aucune des considérations invoquées par D n'établit l'existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause d'élection de for. D n'a pas démontré que, par application du critère de la prépondérance des inconvénients, les faits de l'espèce et la preuve qui serait produite favorisent la Colombie-Britannique au détriment du ressort désigné dans le contrat, soit la Californie. De plus, se prononcer sur le délit civil créé par la *Privacy Act* de la Colombie-Britannique ne nécessite pas une expertise spéciale, et il n'a pas été démontré qu'un tribunal de la Californie serait moins apte que la Cour suprême de la Colombie-Britannique à interpréter cette loi. Aucun élément de la situation de D n'indique que le recours collectif projeté ne pourrait pas être intenté en Californie aussi facilement qu'en Colombie-Britannique. Rien n'indique que Facebook ne souhaite pas vraiment que tous les litiges susceptibles de l'opposer à ses utilisateurs se déroulent en Californie. Finalement, D n'a pas démontré que l'application de la clause d'élection de for l'empêcherait de bénéficier d'un procès équitable.

L'application nuancée du critère des motifs sérieux ou la modification du critère afin que le fardeau de la preuve incombe au défendeur dans le cas de contrats d'adhésion en matière de consommation reviendrait à infirmer à tort la décision de la Cour dans l'affaire *Pompey* et à y substituer des principes nouveaux et différents. Nuancer le critère des motifs sérieux en s'en remettant à une autre considération, à savoir l'absence d'un pouvoir de négociation du consommateur, confond le premier volet du test de l'arrêt *Pompey* avec le second, si bien que le droit jugé applicable

dans *Pompey* s'en trouve modifié en profondeur. C'est à ce premier volet que l'inégalité du pouvoir de négociation est pertinente. Cet élément peut amener le tribunal à conclure que la clause est inique, ce que D n'a pas plaidé. Dans la présente affaire, Facebook a démontré que la clause d'élection de for est exécutoire, et D n'a pas établi l'existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à cette clause à laquelle elle a consenti.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Bauman et les juges Lowry et Goepel), 2015 BCCA 279, 77 B.C.L.R. (5th) 116, 374 B.C.A.C. 56, 642 W.A.C. 56, 73 C.P.C. (7th) 87, 387 D.L.R. (4th) 360, [2016] 1 W.W.R. 287, [2015] B.C.J. No. 1270 (QL), 2015 CarswellBC 1671 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la juge Griffin, 2014 BCSC 953, 313 C.R.R. (2d) 254, 53 C.P.C. (7th) 302, [2014] B.C.J. No. 1051 (QL), 2014 CarswellBC 1487 (WL Can.). Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges Moldaver et Côté sont dissidents.

*Ward K. Branch, c.r., Christopher Rhone et Michael Sobkin*, pour l'appelante.

*Mark A. Gelowitz et W. David Rankin*, pour l'intimée.

*Cynthia Kuehl et Meredith E. Jones*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Paul J. Bates, Marina Pavlovic et Jeremy de Beer*, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.

*Matthew P. Gottlieb, Paul Michell et Ian C. Matthews*, pour l'intervenante l'Association canadienne de la technologie de l'information.

*Derek J. Bell et Jason M. Berall*, pour l'intervenant le Bureau de la publicité interactive du Canada.

---

**SUPREME COURT OF CANADA SCHEDULE / CALENDRIER DE LA COUR SUPREME**

**- 2016 -**

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

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

**- 2017 -**

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

APRIL – AVRIL						
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	H 14	15
16	H 17	18	19	20	21	22
23 30	24	25	26	27	28	29

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	13
14	15	16	17	18	19	20
21	H 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	10
11	12	13	14	15	16	17
18	19	20	21	22	23	24
25	26	27	28	29	30	

Sittings of the Court:  
Séances de la Cour :

**18 sitting weeks / semaines séances de la cour**  
**86 sitting days / journées séances de la cour**

Holidays:  
Jours fériés :



**4 holidays during sitting days / jours fériés durant les sessions**