

**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 de la 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 de la 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.

Subscriptions may be had at \$200 per year, payable in advance, in accordance with the Court tariff. During Court sessions it is usually issued weekly.

Le prix de l'abonnement, fixé dans le tarif de la Cour, est de 200 \$ l'an, payable d'avance. Le Bulletin paraît en principe toutes les semaines pendant les sessions de la Cour.

The Bulletin, being a factual report of recorded proceedings, is produced in the language of record. Where a judgment has been rendered, requests for copies should be made to the Registrar, with a remittance of \$10 for each set of reasons. All remittances should be made payable to the Receiver General for Canada.

Le Bulletin rassemble les procédures devant la Cour dans la langue du dossier. Quand un arrêt est rendu, on peut se procurer les motifs de jugement en adressant sa demande à la registraire, accompagnée de 10 \$ par exemplaire. Le paiement doit être fait à l'ordre du Receveur général du Canada.

CONTENTS

TABLE DES MATIÈRES

Applications for leave to appeal filed	994	Demandes d'autorisation d'appel déposées
Applications for leave submitted to Court since last issue	995	Demandes soumises à la Cour depuis la dernière parution
Motions	996 - 998	Requêtes
Notices of appeal filed since last issue	999	Avis d'appel déposés depuis la dernière parution
Notice of intervention filed since last issue	1000	Avis d'intervention déposés depuis la dernière parution
Pronouncements of appeals reserved	1001 - 1002	Jugements rendus sur les appels en délibéré
Headnotes of recent judgments	1003 - 1014	Sommaires des arrêts récents
Judgments reported in S.C.R.	1015	Jugements publiés au R.C.S.

**APPLICATIONS FOR LEAVE TO
APPEAL FILED**

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

Warden of the North Fraser Pre-Trial Centre et al.

Anthony K. Fraser
A.G. of British Columbia

v. (31535)

Salvatore Ciancio (B.C.)

Simon R. Buck
Wilson, Buck, Butcher & Sears

FILING DATE: 07.7.2006

Warden of the North Fraser Pre-Trial Centre et al.

Anthony K. Fraser
A.G. of British Columbia

v. (31536)

Salvatore Ciancio (B.C.)

Simon R. Buck
Wilson, Buck, Butcher & Sears

FILING DATE: 07.7.2006

JULY 24, 2006 / LE 24 JUILLET 2006

CORAM: Chief Justice McLachlin and Charron and Rothstein JJ.

La juge en chef McLachlin et les juges Charron et Rothstein

1. *David Marshall v. Her Majesty the Queen* (Ont.) (Crim.) (By Leave) (31375)

CORAM: Bastarache, LeBel and Fish JJ.

Les juges Bastarache, LeBel et Fish

2. *Arthur Kofman c. Centre hospitalier St-Mary, et al.* (Qc) (Civile) (Autorisation) (31466)
3. *Yvon Pelletier c. Caisse Populaire Desjardins Nicolas-Juchereau anciennement Caisse Populaire Desjardins de Saint-Denis* (Qc) (Civile) (Autorisation) (31483)

CORAM: Binnie, Deschamps and Abella JJ.

Les juges Binnie, Deschamps et Abella

4. *Her Majesty the Queen in Right of Canada, et al. v. Addison & Leyen Ltd., et al.* (F.C.) (Civil) (By Leave) (31451)
-

17.7.2006

Before / Devant: BINNIE J.

Motion for leave to intervene

Requête en autorisation d'intervenir

BY / PAR: Attorney General of Ontario

IN / DANS: Lawrence Richard Hape

v. (31125)

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

GRANTED / ACCORDÉE

UPON APPLICATION by the Attorney General of Ontario for leave to intervene in the above appeal;

AND THE MATERIAL FILED having been read;

IT IS HEREBY ORDERED THAT:

The motion for leave to intervene of the applicant, the Attorney General of Ontario, is granted and the applicant shall be entitled to serve and file a factum not to exceed 20 pages in length.

The request to present oral argument is deferred to a date following receipt and consideration of the written arguments of the parties and the intervener.

The intervener shall not be entitled to raise new issues or to adduce further evidence or otherwise to supplement the record of the parties.

Pursuant to Rule 59(1)(a) the intervener shall pay to the appellant and respondent any additional disbursements occasioned to the appellant and respondent by its intervention.

17.7.2006

Before / Devant: BASTARACHE J.

Motions for leave to intervene and request by the respondent Attorney General of Canada to file a reply factum

Requêtes en autorisation d'intervenir et demande de l'intimé le Procureur général du Canada en vue de déposer un mémoire en réplique

BY/PAR: Canadian Civil Liberties Association;
British Columbia Civil Liberties Association

IN / DANS: Paul Charles Bryan

v. (31052)

Her Majesty the Queen et al. (B.C.)
(Crim.)

Motions for leave to intervene / Requêtes en autorisation d'intervenir :

GRANTED / ACCORDÉE - Canadian Civil Liberties Association
DISMISSED / REJETÉE - British Columbia Civil Liberties Association

Request to file a reply factum / Demande en vue de déposer un mémoire en réplique :

GRANTED / ACCORDÉE

UPON APPLICATIONS by the Canadian Civil Liberties Association and the British Columbia Civil Liberties Association for leave to intervene in the above appeal;

AND THE MATERIAL FILED having been read;

IT IS HEREBY ORDERED THAT:

The motion for leave to intervene of the applicant, the Canadian Civil Liberties Association, is granted and the applicant shall be entitled to serve and file a factum not to exceed 20 pages in length.

The motion for leave to intervene of the applicant, the British Columbia Civil Liberties Association, is denied.

The request to present oral argument is deferred to a date following receipt and consideration of the written arguments of the parties and the interveners.

The intervener shall not be entitled to raise new issues or to adduce further evidence or otherwise to supplement the record of the parties.

Pursuant to Rule 59(1)(a) the interveners shall pay to the appellant and respondent any additional disbursements occasioned to the appellant and respondent by their intervention.

IT IS FURTHER ORDERED THAT:

The respondent, the Attorney General of Canada, is permitted to serve and file a reply factum not to exceed 20 pages in length within two weeks of the service of all interveners' factum.

17.7.2006

Before / Devant: THE CHIEF JUSTICE

Motion to state a constitutional question

**Requête en formulation d'une question
constitutionnelle**

Ronald G. Dunne

v. (31180)

Deputy Minister of Revenue of Quebec et al. (Que.)

GRANTED / ACCORDÉE

UPON APPLICATION by the appellant for an order stating a constitutional question in the above appeal;

AND THE MATERIAL FILED having been read;

IT IS HEREBY ORDERED THAT THE CONSTITUTIONAL QUESTION BE STATED AS FOLLOWS:

Are ss. 608, 609 and 612.1 of the *Taxation Act*, R.S.Q. c. I-3, invalid or constitutionally inapplicable to the appellant on the ground that they contravene subsection 92(2) of the *Constitution Act, 1867* by exceeding the territorial limit on provincial legislative competence?

Les articles 608, 609 et 612.1 de la *Loi sur les impôts*, L.R.Q. ch. I-3, sont-ils invalides ou constitutionnellement inapplicables à l'appellant pour le motif qu'ils contreviendraient au par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* en excédant les limites territoriales de la compétence de la province?

18.7.2006

Before / Devant: THE REGISTRAR

Motion to extend the time in which to serve and file the respondent's response

Requête en prorogation du délai de signification et de dépôt de la réponse de l'intimé

Rose Zomparelli

v. (31362)

Danny Zomparelli (Ont.)

GRANTED / ACCORDÉE Time extended to June 26, 2006.

18.7.2006

Before / Devant: THE REGISTRAR

Motion to cease to represent the applicant

Requête en vue de cesser de représenter la demanderesse

3087-2220 Québec Inc.

c. (31448)

155671 Canada Inc. (Qc)

GRANTED / ACCORDÉE

**NOTICES OF APPEAL FILED SINCE
LAST ISSUE**

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

21.7.2006

Leo Matthew Teskey

v. (31544)

Her Majesty the Queen (Alta.)

(As of Right)

24.7.2006

Leaka Helena Delia Dickie

v. (31350)

Kenneth Earle Dickie (Ont.)

(By Leave)

**NOTICE OF INTERVENTION FILED
SINCE LAST ISSUE**

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

20.7.2006

BY / PAR: Attorney General of Canada

IN / DANS: **Attorney General of British Columbia**

v. (31324)

Dugald E. Christie (B.C.)

Reasons for judgment are available

Les motifs de jugement sont disponibles

JULY 27, 2006 / LE 27 JUILLET 2006

30391 **Industrial Wood & Allied Workers of Canada, Local 700 v. GMAC Commercial Credit Corporation – Canada - and - T.C.T. Logistics Inc., T.C.T. Warehousing Logistics Inc., KPMG Inc., the Interim Receiver and Trustee in Bankruptcy of T.C.T. Logistics Inc. and T.C.T. Warehousing Logistics Inc., and TCT Logistics Inc., TCT Acquisition No. 1 Ltd., Atomic TCT Logistics Inc., Atomic TCT (Alberta) Logistics Inc., TCT Canada Logistics Inc., Inter-Ocean Terminals (B.C.) Ltd., Atomic Transport Inc., TCT Warehousing Logistics Inc., TCT Warehousing Logistics No. 2 Inc., R.R.S. Transport (1998) Inc., TCT Acquisition No. 2 Ltd., Tri-Line Expressways Ltd. (a successor to Tri-Line Expressways Ltd. and TCT Acquisition No. 3 Ltd.), Tri-Line Expressways, Inc., 2984008 Canada Inc., High-Tech Express & Distribution Inc., 606965 British Columbia Ltd. and 606966 British Columbia Ltd. (Ont.)**
2006 SCC 35 / 2006 CSC 35

Coram: McLachlin C.J. and Major,* Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

The appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario, Number C39988, dated October 14, 2004, heard on November 16, 2005, is allowed with costs throughout, and the cross-appeal is dismissed with costs. The appellant is granted leave to bring its proceeding before the Ontario Labour Relations Board. Those parts of the order appointing KPMG Inc. as interim receiver that make a declaration about, or immunize him from, successor employer liability are set aside.

L'appel interjeté contre l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, numéro C39988, en date du 14 octobre 2004, entendu le 16 novembre 2005, est accueilli avec dépens devant toutes les cours, et le pourvoi incident est rejeté avec dépens. La permission de soumettre sa requête à la Commission des relations de travail de l'Ontario est accordée à l'appelant. Les éléments de l'ordonnance nommant KPMG Inc. comme séquestre interimaire qui concernent la responsabilité de celui-ci en tant que successeur ou qui lui accordent l'immunité contre cette responsabilité sont annulés.

* Major J. took no part in the judgment. / Le juge Major n'a pas pris part au jugement.

30652 **Canadian Bearings Ltd., Farrokh Khalili, Hossein Banijamali and Canadian Petroleum Processing & Equipment Inc. v. Celanese Canada Inc. and Celanese Ltd. - and -Advocates' Society and Canadian Bar Association** (Ont.) **2006 SCC 36 / 2006 CSC 36**

Coram: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish and Charron JJ.

The appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario, Numbers C41712 and C41716, dated October 1, 2004, heard on December 12, 2005, is allowed with costs in this Court.

Cassels Brock & Blackwell LLP ("Cassels Brock") are removed as solicitors of record for the respondents in these proceedings. They are not to act for or advise the respondents, directly or indirectly, with respect to this proceeding or with respect to any related proceedings arising out of the facts pleaded in the amended statement of claim.

Neither the respondents or anyone on their behalf is to communicate with or receive advice or information directly or indirectly, from Kasowitz, Benson, Torres & Friedman LLP ("Kasowitz") with respect to this proceeding or any related proceedings in Canada arising out of or related to the facts pleaded in the amended statement of claim.

Any and all materials subject to the claim of privilege still in the possession of the respondents, Cassels Brock or Kasowitz seized from the premises of Canadian Bearings Ltd. on June 20 and 21, 2003, pursuant to the *Anton Piller* order shall be

returned forthwith to Canadian Bearings Ltd. without retention of copies whether printed, electronic or of any other type.

Kasowitz is to file affidavits satisfactory to the case management judge confirming the existence of adequate firewalls and the destruction or return of all allegedly privileged material that came into its possession as a result of the *Anton Piller* order made in this case.

L'appel interjeté contre l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, numéros C41712 et C41716, en date du 1 octobre 2004, entendu le 12 décembre 2005, est accueilli avec dépens dans cette Cour.

Cassels Brock & Blackwell LLP (« Cassels Brock ») est déclaré inhabile à occuper pour les intimées en l'espèce. Il ne doit ni représenter ni conseiller les intimées, directement ou indirectement, relativement à la présente instance ou à toute autre procédure connexe découlant des faits allégués dans la déclaration modifiée.

Les intimées ou quiconque agissant en leur nom ne doivent ni communiquer avec Kasowitz, Benson, Torres & Friedman LLP (« Kasowitz »), ni obtenir des conseils ou des renseignements directement ou indirectement, auprès de ce cabinet, relativement à la présente instance ou à toute autre procédure connexe découlant des faits allégués dans la déclaration modifiée, ou liée à ceux-ci.

Tous les documents visés par la revendication de privilège qui, les 20 et 21 juin 2003, ont été saisis dans les locaux de Canadian Bearings Ltd. conformément à l'ordonnance *Anton Piller* et qui sont encore en la possession des intimées, de Cassels Brock ou de Kasowitz doivent être restitués immédiatement à Canadian Bearings Ltd. et aucune copie papier, électronique ou autre de ces documents ne doit être conservée.

Kasowitz devra déposer, à la satisfaction du juge responsable de la gestion de l'instance, des affidavits confirmant l'existence de mesures de protection suffisantes, ainsi que la destruction ou la restitution de tous les prétendus documents privilégiés qui se sont retrouvés en sa possession par suite de l'ordonnance *Anton Piller* rendue en l'espèce.

Industrial Wood & Allied Workers of Canada, Local 700 v. GMAC Commercial Credit Corporation Canada and T.C.T. Logistics Inc., T.C.T. Warehousing Logistics Inc., KPMG Inc., the Interim Receiver and Trustee in Bankruptcy of T.C.T. Logistics Inc. and T.C.T. Warehousing Logistics Inc., and TCT Logistics Inc., TCT Acquisition No. 1 Ltd., Atomic TCT Logistics Inc., Atomic TCT (Alberta) Logistics Inc., TCT Canada Logistics Inc., Inter-Ocean Terminals (B.C.) Ltd., Atomic Transport Inc., TCT Warehousing Logistics Inc., TCT Warehousing Logistics No. 2 Inc., R.R.S. Transport (1998) Inc., TCT Acquisition No. 2 Ltd., Tri-Line Expressways Ltd. (a successor to Tri-Line Expressways Ltd. and TCT Acquisition No. 3 Ltd.), Tri-Line Expressways, Inc., 2984008 Canada Inc., High-Tech Express & Distribution Inc., 606965 British Columbia Ltd. and 606966 British Columbia Ltd. (B.C.) (30391)

Indexed as: GMAC Commercial Credit Corporation — Canada v. T.C.T. Logistics Inc.

Répertorié : Société de Crédit commercial GMAC — Canada c. T.C.T. Logistics Inc.

Neutral citation: 2006 SCC 35. / Référence neutre : 2006 CSC 35.

Hearing: November 16, 2005 / Judgment: July 27, 2006

Audition : Le 16 novembre 2005 / Jugement : Le 27 juillet 2006

Present: McLachlin C.J. and Major,* Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

Bankruptcy and insolvency — Bankruptcy court — Jurisdiction — Whether bankruptcy judge lacks jurisdiction to determine whether interim receiver is successor employer under provincial labour relations legislation — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 47, 72(1).

Bankruptcy and Insolvency — Procedure — Action against interim receiver — Bankruptcy legislation precluding proceedings against interim receiver without leave of court — Union seeking leave to bring “successor employer” application against interim receiver — Whether Mancini test applicable — Whether test different when dispute relates to receiver’s obligations to debtors’ employees represented by union — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 215.

The company TCT became insolvent and its largest secured creditor applied for an order appointing an interim receiver. The order appointing KPMG states that the receiver’s employment-related actions could not be considered those of a “successor employer”, and prohibits proceedings being taken against the interim receiver unless the court grants leave. After TCT was assigned in bankruptcy, KPMG sold most of the assets of the warehousing business to a new company. All unionized employees at the Ontario warehouse were terminated by KPMG, but some of them were later hired by the new company. Except for a change in location, the only major difference between TCT’s operations and those of the new company was the absence of the union as representative of TCT’s former employees.

The union applied to the Ontario Labour Relations Board seeking, in particular, a declaration that, as a successor employer to TCT or KPMG, the new company was bound by the collective agreement pursuant to s. 69 of the *Labour Relations Act, 1995* (“LRA”). After a stay was granted on the basis that s. 215 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* (“BIA”) precludes proceedings against an interim receiver or trustee without leave of the court, the union sought the necessary court approval. The bankruptcy judge amended the paragraph relating to the “successor employer” protection in the order appointing the interim receiver, but denied leave. The Court of Appeal unanimously concluded that only the labour board had jurisdiction to determine who was a successor employer, but divided over the test under s. 215 for granting leave to bring successor employer applications. The majority was of the view that the traditional *Mancini* test represented too low a threshold when the proposed proceedings were successor employer applications, and that other factors should be considered to take account to a greater extent of the impact of such litigation on the bankruptcy process. Accordingly, the majority set aside the bankruptcy judge’s refusal to grant leave and remitted the leave application back to him for reconsideration based on the enhanced enumerated factors. The union appealed the Court of Appeal’s order denying leave, and the secured creditor cross-appealed on the issue of the bankruptcy judge’s jurisdiction.

Held (Deschamps J. dissenting on the appeal): The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

* Major J. took no part in the judgment.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, **Abella**, Fish and Charron JJ.: The bankruptcy court does not have jurisdiction to decide whether an interim receiver is a successor employer within the meaning of the *LRA*. The powers given to the bankruptcy court under s. 47(2) *BIA* are powers to direct the interim receiver's conduct. That section does not, explicitly or implicitly, confer authority on the bankruptcy court to make unilateral declarations about the rights of third parties affected by other statutory schemes. Further, s. 72(1) *BIA* declares that unless there is a conflict, any legislation relating to property and civil rights is deemed to be supplemental to, not abrogated by the Act. The right to seek a successor employer declaration pursuant to the *LRA* does not conflict with the bankruptcy court's authority under s. 47(2). If the s. 47 net were interpreted widely enough to permit interference with all rights which, though protected by law, represent an inconvenience to the bankruptcy process, it could be used to extinguish all rights. Explicit language would be required before such a sweeping power could be attached to s. 47. [4] [43-51]

The bankruptcy judge erred in not granting leave to the union to bring a successor employer application against the interim receiver. Under the *Mancini* test, the threshold for granting leave under s. 215 *BIA* is not a high one. The question under s. 215 is whether the evidence provides the required support for the cause of action sought to be asserted. If the evidence discloses a *prima facie* case, leave should be granted. The focus of the inquiry is not a determination of the merits. The threshold of the *Mancini* test strikes the appropriate balance between the protection of trustees and receivers from frivolous suits, while preserving to the maximum extent possible the rights of creditors and others as against a trustee or receiver. As a result, *Mancini* is consistent with the requirement that there be explicit statutory language before the *BIA* is interpreted so as to deprive persons of rights conferred under provincial law. Where Parliament has intended to confer immunity on trustees or receivers from certain claims, it has done so explicitly. In the absence of such express protection, the bankruptcy court should not convert the leave mechanism in s. 215 into blanket insulation for court-appointed officers. There is no reason to create a more stringent test to be applied only to claims by employees represented by unions. To impose a higher s. 215 threshold in a case involving a labour board issue is to read into the *BIA* a lower tolerance for the rights of employees represented by unions than for other creditors. Nothing in the Act suggests this dichotomy. Finally, the *Mancini* test does not in any way interfere with the protections that Parliament has deemed necessary to preserve the ability of trustees and receivers to discharge their duties flexibly and efficiently. In this case, since it cannot be said that the Union's claim is frivolous or without an evidentiary foundation, it should be allowed to proceed. [7] [55-61] [67-72] [80]

Per Deschamps J. (dissenting on the appeal): A judge who must decide whether to grant leave to bring proceedings against a trustee under s. 215 *BIA* must determine the actual scope of the remedy being sought, identify potential conflicts and tailor the leave so as to avoid a situation in which proceedings based on provincial law have the effect of hindering the discharge of the trustee's duties and responsibilities under the *BIA*. Since conflicts of jurisdiction are not tolerated in constitutional law, proceedings that lead to a constitutional conflict have no basis in law and the judge must therefore deny leave to bring them. [155]

The decision to continue operating the business is central to the trustee's role under the *BIA* and, in principle, a trustee should not be bound by obligations that interfere with the resolution of the bankruptcy. The provisions of the *BIA* that protect trustees against proceedings are a clear indication of Parliament's intent to give trustees the flexibility they need to discharge the duties imposed on them by the *BIA*. The successor employer declaration is not free of pitfalls when it applies to a trustee. The effect of such a declaration is that the trustee becomes a party to the collective agreement and becomes liable to perform all the obligations set out in that agreement, including those that were binding on the former employer before the business was transferred. Although it is common ground that the *LRA* confers the exclusive power to decide who is a "successor employer" on the OLRB, the *LRA* cannot frustrate the purpose of the *BIA*. It is therefore important to strike a balance between the trustee's duties and immunities under the *BIA* and the employees' rights under the *LRA*. In the event of conflict, the parties must refer to constitutional principles. Courts that hear disputes relating to the difficulty of applying federal and provincial statutes concurrently must attempt to reconcile the application of those statutes in a manner consistent with the respective jurisdictions of the two levels of government. Where conflict is unavoidable, however, the federal statute is paramount to the provincial statute. Hence the importance of the screening mechanism of s. 215 *BIA*, which serves the purpose of ensuring that provincial and federal statutes do not conflict with each other. Since the bankruptcy of a business affects the interests of all the creditors, not just of the employees, the bankruptcy judge is in a better position to evaluate the interests at stake and prevent conflicts. [91] [101] [103] [112-113] [117-118] [124] [128-129]

Although the criteria established in *Mancini* for applying s. 215 are easy to apply to a simple action in damages based on wrongdoing by the trustee, they must, in other cases, be tailored to the specific nature of each application for leave. The judge must assess the nature and scope of the proceeding in light of the evidence. This review does not have the effect of giving special or different treatment to successor employer declarations. When reviewing the seriousness of the cause of action, the bankruptcy judge must be vigilant and make provision for conflicts. By ensuring that the conclusions being sought do not impair the application of the *BIA* and, if need be, limiting the scope of proceedings based on a provincial statute, the bankruptcy judge permits the federal statute and provincial legislation to be applied simultaneously. A judge who denies leave to bring proceedings merely avoids a conflict by relying on the paramountcy doctrine in a preventive manner. However, the bankruptcy judge must take care not to supplant the court or tribunal that will rule on the merits. The judge's first task is to enquire into the actual effect of the application, not a vaguely defined effect on the administration of the bankruptcy. The judge will be justified in limiting the scope of proceedings or denying leave to bring them only if the proceedings would genuinely hinder the trustee's work. An approach that focussed too much on the management flexibility required by the trustee could all too easily lead the judge to find that a conflict exists and would hardly be in keeping with s. 72 *BIA*, which makes express provision for the application of provincial legislation that is compatible with the federal statute. [136] [144-154]

In the instant case, the unqualified conclusions sought by the union are likely to result in direct conflicts with the application of the *BIA*. Neither the facts in the record nor the positions advanced by the parties are sufficient for this Court to engage in the review that is the Superior Court's responsibility. The matter must therefore be remitted not only for a review from the constitutional standpoint, but also for a review of the seriousness of the cause of action and the sufficiency of the evidence. [163] [167]

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Feldman, MacPherson and Cronk J.J.A.) (2004), 71 O.R. (3d) 54, 238 D.L.R. (4th) 677, 185 O.A.C. 138, 48 C.B.R. (4th) 256, [2004] O.J. No. 1353 (QL), setting aside a decision of Ground J., [2003] O.T.C. 365, 42 C.B.R. (4th) 221, [2003] O.J. No. 1603 (QL). Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

Stephen Wahl and Andrew J. Hatnay, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Orestes Pasparakis and Susan E. Rothfels, for the respondent/appellant on cross-appeal.

Benjamin Zarnett and Frederick L. Myers, for the respondent KPMG Inc.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Koskie Minsky, Toronto.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Ogilvy Renault, Toronto.

Solicitors for the respondent KPMG Inc.: Goodmans LLP, Toronto.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major**, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

Faillite et insolvabilité — Tribunal de faillite — Compétence — Les juges de faillite sont-ils incompétents pour décider si un séquestre intérimaire est un employeur successeur pour l'application des lois provinciales sur les relations de travail? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 47, 72(1).

Faillite et insolvabilité — Procédure — Action contre un séquestre intérimaire — Disposition législative sur la faillite interdisant l'engagement de procédures contre les séquestres intérimaires sans autorisation judiciaire préalable — Permission demandée par un syndicat en vue d'être autorisé à déposer contre un séquestre intérimaire une requête touchant le statut d'« employeur successeur » — Le critère énoncé dans l'arrêt Mancini est-il applicable? — Un

** Le juge Major n'a pas pris part au jugement.

critère différent s'applique-t-il lorsque le litige a trait aux obligations du séquestre envers les employés syndiqués du débiteur? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 215.

La société TCT est devenue insolvable et le principal créancier garanti de celle-ci a demandé la nomination d'un séquestre intérimaire. L'ordonnance portant nomination de KPMG précisait que les mesures prises par le séquestre intérimaire en matière d'emploi ne pouvaient être considérées comme celles d'un « employeur successeur » et interdisait l'enregistrement de procédures contre le séquestre intérimaire, sauf avec l'autorisation de la cour. Après cession des biens de TCT au profit des créanciers, KPMG a vendu la plupart des éléments d'actif de l'entreprise d'entreposage à une société nouvellement formée. KPMG a mis fin à l'emploi de tous les employés syndiqués de l'entrepôt de Toronto, mais certains d'entre eux ont été réembauchés subséquemment par la nouvelle société. Exception faite du nouvel emplacement des activités, la seule différence importante dans l'exploitation de l'entreprise par TCT et par la nouvelle société était l'absence du syndicat comme représentant des anciens employés de TCT.

Le syndicat a présenté à la Commission des relations de travail de l'Ontario une requête dans laquelle il sollicitait notamment une déclaration portant que, en tant qu'employeur succédant à TCT ou KPMG, la nouvelle société était liée par la convention collective conformément à l'art. 69 de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* (« LRT »). Après que sa requête eût été suspendue pour le motif que l'art. 215 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« LFI ») interdit l'introduction d'actions contre un séquestre intérimaire ou un syndic de faillite sans la permission du tribunal, le syndicat a demandé cette permission. Le juge a modifié le paragraphe relatif à la protection touchant le statut d'« employeur successeur » dans l'ordonnance nommant le séquestre intérimaire, mais il a refusé la permission demandée. La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que seule la Commission avait compétence pour se prononcer sur le statut d'employeur successeur, mais elle s'est divisée sur le critère applicable pour décider, en vertu de l'art. 215 de la *LFI*, s'il y a lieu d'accorder ou non la permission de présenter une demande concernant le statut d'employeur successeur. La majorité a estimé que le critère traditionnel formulé dans *Mancini* n'était pas assez exigeant lorsqu'il s'agissait d'instances relatives au statut d'employeur successeur et qu'il fallait considérer d'autres facteurs pour tenir davantage compte des conséquences de telles demandes en justice sur le processus de faillite. La majorité a en conséquence annulé le refus du juge d'accorder la permission et lui a renvoyé la demande pour qu'il la réexamine en fonction des facteurs additionnels énumérés. Le syndicat se pourvoit contre l'ordonnance de la Cour d'appel qui lui a refusé la permission d'engager des procédures, et le créancier garanti a formé un appel incident sur la question de la compétence du juge de faillite.

Arrêt (la juge Deschamps est dissidente quant au pourvoi principal) : Le pourvoi principal est accueilli et le pourvoi incident est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, **Abella**, Fish et Charron : Le tribunal de faillite n'a pas le pouvoir de décider si un séquestre intérimaire est un employeur successeur au sens de la *LRT*. Le paragraphe 47(2) de la *LFI* accorde au tribunal de faillite le pouvoir d'enjoindre au séquestre intérimaire de faire certaines choses. Cette disposition n'a pas pour effet d'habiliter — ni explicitement ni implicitement — le tribunal de faillite à rendre des jugements déclaratoires unilatéraux sur les droits de tiers en fonction d'autres régimes législatifs. En outre, le par. 72(1) de la *LFI* énonce que celle-ci n'a pas pour effet d'abroger des dispositions législatives non incompatibles avec elle se rapportant à la propriété et aux droits civils, ces dispositions étant réputées s'y ajouter. Le droit de demander une déclaration touchant le statut d'employeur successeur conformément à la *LRT*, n'est pas incompatible avec le pouvoir que le par. 47(2) accorde au tribunal de faillite. Si l'article 47 pouvait recevoir une interprétation assez large pour permettre de porter atteinte à tous les droits qui, bien que protégés par la loi, gênent le processus de faillite, il pourrait être invoqué pour éteindre tout droit. Il faudrait un texte explicite pour que l'art. 47 confère un pouvoir aussi étendu. [4] [43-51]

Le juge de faillite a fait erreur en refusant d'accorder au syndicat la permission de présenter contre le séquestre intérimaire une demande relative la qualité d'employeur successeur. Le critère énoncé dans *Mancini* à l'égard des demandes de permission fondées sur l'art. 215 de la *LFI* n'est pas très exigeant. Pour l'application de cette disposition, il s'agit de déterminer si la preuve étaye la cause d'action invoquée. S'il existe une preuve *prima facie*, la permission demandée doit être accordée. Cet examen n'a pas pour objet de trancher la question au fond. Le critère énoncé dans *Mancini* établit un juste équilibre entre, d'une part, la protection des syndicats et des séquestres contre les poursuites frivoles, et, d'autre part, la protection — dans la plus large mesure possible — des droits des créanciers et autres intéressés contre les décisions et les actes des syndicats et des séquestres. En ce sens, l'arrêt *Mancini* est compatible avec l'exigence selon laquelle il faut une disposition législative explicite pour que la *LFI* puisse être interprétée de manière à priver une

personne de droits conférés par une province. Lorsque le législateur a voulu protéger les syndicats ou les séquestres contre certains recours, il l'a fait explicitement. En l'absence de dispositions expresses de ce genre, le tribunal de faillite ne devrait pas convertir la procédure d'autorisation établie à l'art. 215 en mesure de protection générale en faveur des auxiliaires de justice désignés par les tribunaux. Il n'existe aucune raison de créer un critère plus exigeant, qui s'appliquerait uniquement aux recours des employés syndiqués. Resserrer le critère d'application de l'art. 215 lorsque le litige porte sur une question relevant d'une commission des relations de travail équivaut à reconnaître à la *LFI*, par interprétation, une sensibilité moins grande envers les droits des employés syndiqués qu'envers ceux des autres créanciers. Rien dans cette loi ne suggère une telle distinction. Enfin, le critère de l'arrêt *Mancini* ne restreint nullement les mesures de protection que le législateur a jugé nécessaires d'établir pour préserver la capacité des syndicats et des séquestres de s'acquitter de leurs fonctions avec souplesse et efficacité. En l'espèce, comme il est impossible d'affirmer que la demande du syndicat est frivole ou n'est appuyée d'aucune preuve, celui-ci doit être autorisé à la présenter. [7] [55-61] [67-72] [80]

La juge **Deschamps** (dissidente quant au pourvoi principal) : Le juge appelé à décider s'il y a lieu d'accorder la permission de poursuivre un syndic en vertu de l'art. 215 *LFI* doit évaluer concrètement la portée du recours recherché, identifier les conflits potentiels et moduler l'autorisation de façon à éviter qu'une poursuite fondée sur le droit provincial n'ait pour effet d'entraver l'exécution des devoirs et responsabilités imposés au syndic par la *LFI*. Comme le droit constitutionnel ne tolère pas les conflits de compétence, une poursuite entraînant un conflit constitutionnel n'a pas de fondement juridique et le juge doit alors refuser la permission demandée. [155]

La décision de continuer les activités de l'entreprise est au coeur de la mission confiée au syndic par la *LFI* et, en principe, le syndic ne doit pas être assujéti à des obligations qui entravent le règlement de la faillite. Les dispositions de la *LFI* protégeant le syndic contre les poursuites indiquent clairement l'intention du Parlement de lui accorder la marge de manoeuvre dont il a besoin pour accomplir les devoirs que lui impose la *LFI*. La déclaration attribuant la qualité d'employeur n'est pas sans créer d'embûches lorsqu'elle vise un syndic. Une telle déclaration a pour effet de faire du syndic une partie liée par la convention collective et de le rendre responsable de toutes les obligations y afférentes, y compris celles qui incombaient à l'ancien employeur avant le transfert de l'entreprise. Bien qu'il soit admis que la *LRT* confère à la Commission des relations de travail de l'Ontario le pouvoir exclusif de décider qui est « employeur successeur », la *LRT* ne saurait entraver la réalisation de l'objet de la *LFI*. Il est donc important d'identifier le point d'équilibre entre les devoirs et immunités du syndic en vertu de la *LFI* et les droits reconnus aux employés par la *LRT*. En cas de conflit, les parties doivent se reporter aux règles constitutionnelles. Les tribunaux saisis de contestations portant sur la difficulté d'appliquer concurremment des lois fédérales et provinciales doivent tenter de concilier l'application de ces lois de façon à respecter les champs de compétence respectifs des deux ordres de gouvernement. Cependant, lorsque le conflit est inévitable, la loi fédérale a prépondérance sur la loi provinciale. De là l'importance du mécanisme de filtrage de l'art. 215 *LFI* qui sert de mesure de contrôle permettant d'éviter que des lois provinciale et fédérale n'entrent en conflit l'une avec l'autre. Comme la faillite d'une entreprise met en cause les intérêts de tous les créanciers et non pas seulement ceux des employés, le juge de la cour de faillite est dans une meilleure position pour évaluer les intérêts en cause et prévenir les conflits. [91] [101] [103] [112-113] [117-118] [124] [128-129]

D'application facile lorsqu'il s'agit d'une simple poursuite en dommages-intérêts fondée sur la faute du syndic, les critères d'application de l'art. 215 énoncés dans l'arrêt *Mancini* doivent, dans les autres cas, être adaptés à la nature particulière de chaque demande. Le juge doit évaluer la nature et la portée du recours à la lumière de la preuve. Cet examen n'a pas pour effet d'accorder un traitement particulier ou différent aux déclarations attribuant la qualité de successeur. Dans l'examen du sérieux de la cause d'action, le juge de faillite doit être vigilant et prévoir les conflits. En s'assurant que les conclusions recherchées n'entravent pas l'application de la *LFI* et, au besoin, en limitant la portée d'une poursuite fondée sur une loi provinciale, le juge de faillite permet l'application simultanée de la loi fédérale et des lois provinciales. Le juge qui refuse d'autoriser une poursuite ne fait qu'éviter le conflit en recourant de façon préventive à la doctrine de la prépondérance. Le juge de faillite doit toutefois prendre garde de ne pas se substituer au tribunal qui statuera sur le fond. La tâche première du juge consiste à s'interroger sur l'effet concret de la demande et non sur quelque effet diffus de celle-ci sur l'administration de la faillite. Seule une entrave réelle au travail du syndic justifie de limiter la portée du recours ou de refuser la permission d'intenter celui-ci. Une approche trop axée sur la flexibilité requise par le syndic dans sa gestion risquerait d'amener trop facilement à conclure à l'existence d'un conflit et serait peu respectueuse de l'art. 72 de la *LFI* qui prévoit expressément l'application des lois provinciales compatibles avec la loi fédérale. [136] [144-154]

Dans la présente affaire, les conclusions sans réserve sollicitées par le syndicat sont susceptibles d'entraîner des conflits directs avec l'application de la *LFI*. Ni les faits consignés au dossier ni les positions avancées par les parties ne permettent à notre Cour de procéder à l'examen auquel la Cour supérieure doit se livrer. Le renvoi du dossier s'impose donc non seulement pour l'évaluation du dossier sous l'angle constitutionnel, mais aussi pour l'examen du sérieux de la cause d'action et du caractère suffisant de la preuve. [163] [167]

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Feldman, MacPherson et Cronk) (2004), 71 O.R. (3d) 54, 238 D.L.R. (4th) 677, 185 O.A.C. 138, 48 C.B.R. (4th) 256, [2004] O.J. No. 1353 (QL), qui a infirmé une décision du juge Ground, [2003] O.T.C. 365, 42 C.B.R. (4th) 221, [2003] O.J. No. 1603 (QL). Pourvoi principal accueilli et pourvoi incident rejeté.

Stephen Wahl et Andrew J. Hatnay, pour l'appelant/intimé au pourvoi incident.

Orestes Pasparakis et Susan E. Rothfels, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident.

Benjamin Zarnett et Frederick L. Myers, pour l'intimée KPMG Inc.

Procureurs de l'appelant/intimé au pourvoi incident : Koskie Minsky, Toronto.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident : Ogilvy Renault, Toronto.

Procureurs de l'intimée KPMG Inc. : Goodmans LLP, Toronto.

Canadian Bearings Ltd., Farrokh Khalili, Hossein Banijamali and Canadian Petroleum Processing & Equipment Inc. v. Celanese Canada Inc. and Celanese Ltd. (Ont.) (30652)

Indexed as: Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.

Répertorié : Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.

Neutral citation: 2006 SCC 36. / Référence neutre : 2006 CSC 36.

Hearing: December 12, 2005 / Judgment: July 27, 2006

Audition : Le 12 décembre 2005 / Jugement : Le 27 juillet 2006

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish and Charron JJ.

Civil procedure — Removal of counsel — Plaintiffs’ lawyers seizing electronic documents from defendants’ premises pursuant to Anton Piller order later found to include documents subject to solicitor-client privilege — Plaintiffs’ lawyers conducting partial review of documents — Defendants seeking to remove plaintiffs’ lawyers as solicitors of record — Whether onus on plaintiffs to rebut presumption of prejudice — Whether plaintiffs’ lawyers should be removed.

Civil procedure — Anton Piller order — Requirements for order — Guidelines for preparation and execution of order.

Celanese sued Canadian Bearings for alleged industrial espionage. Following an *ex parte* application, a motions judge granted Celanese an *Anton Piller* order against Canadian Bearings. The order did not contain a provision dealing with privileged documents. It was executed by an accounting firm. The search was overseen by an independent supervising solicitor. The solicitors for Canadian Bearings, BLG, were also present at the search, but given the volume of electronic materials and the pace at which the search proceeded, BLG later complained that they were not given time to review the material adequately. Frequently, entire folders would be copied electronically without examination of individual documents. However, material that could be identified as potentially privileged was segregated into an electronic folder which was labelled “Borden Ladner Gervais”. In the course of the search, about 1,400 electronic documents thought to be relevant, but not then screened for potential solicitor-client privilege claims, were downloaded by the accounting firm onto a portable hard drive and copied onto CD-ROMs. These were placed in a plastic envelope and sealed. The seal was initialled by a BLG lawyer and by the supervising solicitor. The envelope was then given to the accounting firm. Contrary to the express provision in the *Anton Piller* order, no complete list of the seized documents was made prior to their removal from the searched premises. A lawyer from the law firm of CBB, representing Celanese, later directed the accounting firm to copy the envelope’s contents. The seal was broken without the knowledge or consent of BLG or Canadian Bearings, and the contents copied onto CBB’s computer. A copy was also provided to Celanese’s U.S. counsel, KBTF. When BLG became aware that privileged documents had been transferred to CBB and KBTF, it dispatched a letter requesting their immediate return. CBB and KBTF, rather than returning the documents as requested, advised BLG that the documents subject to the privilege claim had been deleted from their respective systems. Canadian Bearings then brought this motion to disqualify CBB and KBTF from continuing to act for Celanese, but this was dismissed by the motions judge. The Divisional Court allowed Canadian Bearings’ appeal and ordered that CBB and KBTF be removed. The Court of Appeal set aside that decision, finding that neither of the courts below had applied the correct test for removal. In its view, Canadian Bearings bore the onus of demonstrating that there is a real risk that opposing counsel will use information obtained from privileged documents to the prejudice of Canadian Bearings and that such prejudice cannot realistically be overcome by a remedy short of disqualification. The matter was therefore remitted back to the motions judge for further consideration.

Held: The appeal should be allowed.

This dispute presents a clash between two competing values — solicitor-client privilege and the right of a party to select counsel of choice. The conflict here must be resolved on the basis that no one has the right to be represented by counsel who has had access to relevant solicitor-client confidences in circumstances where such access ought to have been anticipated and, without great difficulty, avoided and where the searching party has failed to rebut the presumption of a resulting risk of prejudice to the party against whom the *Anton Piller* order was made. [2]

It is procedurally unfair not only to subject the defendant to the intrusion of a surprise search under the exceptional remedy of an *Anton Piller* order in the course of which its solicitor-client confidences are disclosed to its

opponent, but then to throw on it the onus of clearing up the problem created by Celanese's carelessness. The principal source of the present difficulty lies in the post-search conduct of Celanese's solicitors. Having created the problem, it should bear the burden of resolving it. [51]

An *Anton Piller* order is not placed in the hands of a public authority for execution, but authorizes a private party to insist on entrance to the premises of its opponent to seize and preserve evidence to further its claim in a private dispute. The only justification for such an extraordinary remedy is that the plaintiff has a strong *prima facie* case and can demonstrate that on the facts, absent such an order, there is a real possibility relevant evidence will be destroyed or otherwise made to disappear. The protection of the party against which an *Anton Piller* order is issued ought to be threefold: (1) a carefully drawn order which identifies the material to be seized and sets out safeguards to deal, amongst other things, with privileged documents; (2) a vigilant court-appointed supervising solicitor who is independent of the parties; and (3) a sense of responsible self-restraint on the part of those executing the order with a focus on its limited purpose namely to preserve relevant evidence not to rush to exploit it. [1] [31]

Under a properly executed *Anton Piller* order, the searching solicitors should be able to show with some precision what they have seized, what they have seen, who has seen it and the steps taken to contain the wrongful disclosure of confidences. If Celanese's solicitors, who were in frequent telephone contact with the supervising solicitor during the search, had insisted on a proper listing at the site of all the materials seized, the universe of potential confidences would as a starting point have been established. Nevertheless, since the disputed electronic documents had been isolated on a hard drive and on CD-ROMs and placed in a sealed envelope in the custody of the accounting firm, a complete listing could have been made in the days following the search with BLG counsel present. This too was foreclosed by the precipitous and unilateral conduct of CBB. There was no pressing need to open the envelope. Neither CBB nor KBTF set out to obtain access to, or to gain some advantage from privileged material. Their problem stems from carelessness and an excessively adversarial approach in circumstances that called for careful restraint in recognition of the exceptional position of responsibility imposed by the unilateral and intrusive nature of an *Anton Piller* order. Remedial action in cases such as this is intended to be curative not punitive. [34] [52-54]

Here, the Court of Appeal erred in placing on Canadian Bearings' lawyers the onus of establishing a real risk of prejudice. Celanese's lawyers who undertook a search under the authority of an *Anton Piller* order and thereby took possession of relevant confidential information attributable to a solicitor-client relationship, bear the onus of showing there is no real risk such confidences will be used to the prejudice of Canadian Bearings. Difficulties of proof compounded by errors in the conduct of the search and its aftermath should fall on the heads of those responsible for the search, not of the party being searched. The onus was not met by the searching party in this case. [41-51] [55]

The right of a plaintiff to continue to be represented by counsel of its choice is an important element of our adversarial system of litigation. In modern commercial litigation, mountains of paper are sometimes exchanged. Mistakes will be made. There is no such thing, in these circumstances, as automatic disqualification. If a remedy short of removing the searching solicitors will cure the problem, it should be considered. In this respect, a number of factors should be taken into account: (i) how the documents came into the possession of the plaintiff or its counsel; (ii) what the plaintiff and its counsel did upon recognition that the documents were potentially subject to solicitor-client privilege; (iii) the extent of review made of the privileged documents; (iv) the contents of the solicitor-client communications and the degree to which they are prejudicial; (v) the stage of the litigation; (vi) the potential effectiveness of a firewall or other precautionary steps to avoid mischief. [56-59]

As to the first factor, the privileged documents came into the hands of CBB and KBTF under the *Anton Piller* order in a way that was unintended but avoidable. Inadequate precautions were taken and those who fail to take precautions must bear the responsibility. As to the second factor, CBB failed to have the electronic documents listed at the search site as required by the order, ignored the obvious significance of BLG's initials on the sealed envelope containing the electronic documents and declined to return to BLG the material over which privilege was claimed as requested. Although, CBB did take steps, as did KBTF, to contain the resulting damage, as a result of their errors the Court does not know, and Canadian Bearings cannot know, the potential scale of that damage. As to the third factor, CBB and KBTF deny any substantive review of the privileged documents, but their review must have been sufficiently thorough for one of KBTF's lawyers to classify documents as "Relevant, Irrelevant, Proprietary and Hot". Moreover, some of the documents initially read and classified as "Relevant" turned out (on a second reading) to be potentially subject to a claim

of privilege. As to the fourth factor, CBB and KBTF failed to discharge the onus of identifying the contents of the solicitor-client communications which they accessed in the course of classifying the material. It is therefore not possible to determine the degree to which they are prejudicial. Again, Celanese's solicitors created this problem by their failure to proceed with prudence. As to the fifth factor, the litigation is at an early stage, and notice of the removal application was made near the outset. Lastly, while CBB advised the court of a number of measures taken, it seems apparent that appropriate firewalls were not in place prior to the occurrence of the mischief. In view of all the circumstances, the searching party did not produce sufficient evidence to demonstrate that the public represented by the reasonably informed person would be satisfied that no use of confidential information would occur. [60-66]

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Abella, Moldaver and Goudge JJ.A.) (2004), 73 O.R. (3d) 64, 244 D.L.R. (4th) 33, 190 O.A.C. 329, 1 C.P.C. (6th) 254, [2004] O.J. No. 3983 (QL), allowing an appeal from a decision of the Divisional Court (MacFarland, Macdonald and Campbell JJ.) (2004), 69 O.R. (3d) 632, 237 D.L.R. (4th) 516, 183 O.A.C. 296, 46 C.P.C. (5th) 285, [2004] O.J. No. 372 (QL), allowing an appeal from a decision of Nordheimer J. (2003), 69 O.R. (3d) 618, [2003] O.J. No. 4211 (QL). Appeal allowed.

Robert B. Bell, Douglas M. Worndl and Benjamin T. Glustein, for the appellants.

Gavin MacKenzie and Michelle Vaillancourt, for the respondent Celanese Canada Inc.

Alan J. Lenczner, for the respondent Celanese Ltd.

C. Clifford Lax, Q.C., and M. Paul Mitchell, for the intervener Advocates' Society.

Mahmud Jamal and Derek Leschinsky, for the intervener Canadian Bar Association.

Solicitors for the appellants: Borden Ladner Gervais, Toronto.

Solicitors for the respondent Celanese Canada Inc.: Heenan Blaikie, Toronto.

Solicitors for the respondent Celanese Ltd.: Lenczner Slaughter Royce Smith Griffin, Toronto.

Solicitors for the intervener Advocates' Society: Lax O'Sullivan Scott, Toronto.

Solicitors for the intervener Canadian Bar Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish et Charron.

Procédure civile — Déclaration d'incapacité à occuper — Avocats des demanderesse saisissant dans les locaux des défenderesses, conformément à une ordonnance Anton Piller, des documents électroniques dont certains se sont par la suite révélés assujettis au privilège avocat-client — Avocats des demanderesse effectuant un examen partiel des documents — Défenderesses demandant que les avocats des demanderesse soient déclarés incapables à occuper — Les demanderesse ont-elles l'obligation de réfuter la présomption de préjudice? — Y a-t-il lieu de déclarer les avocats des demanderesse incapables à occuper?

Procédure civile — Ordonnance Anton Piller — Conditions applicables à l'ordonnance — Lignes directrices applicables à la préparation et à l'exécution de l'ordonnance.

Celanese a poursuivi Canadian Bearings en l'accusant d'espionnage industriel. À la suite d'une demande *ex parte*, un juge des requêtes a accordé à Celanese une ordonnance *Anton Piller* contre Canadian Bearings. Aucune disposition de l'ordonnance ne portait sur les documents privilégiés. L'ordonnance a été exécutée par un cabinet comptable. La perquisition a été supervisée par un avocat indépendant. Les avocats de Canadian Bearings, BLG, étaient aussi présents sur les lieux, mais en raison de la taille des documents électroniques et du rythme auquel s'est déroulée la perquisition, les avocats de BLG se sont plaints, par la suite, de ne pas avoir disposé du temps nécessaire pour examiner

convenablement les documents. À maintes reprises, une copie électronique de dossiers complets a été effectuée sans que l'on vérifie le contenu de chaque document. Toutefois, des documents pouvant être décrits comme étant potentiellement privilégiés ont été placés séparément dans un dossier électronique nommé « Borden Ladner Gervais ». Durant la perquisition, le cabinet comptable a téléchargé sur un disque dur portable et copié sur des cédéroms environ 1 400 documents électroniques jugés pertinents qui n'avaient cependant pas encore été étudiés afin de déterminer s'ils pouvaient faire l'objet d'une revendication de privilège avocat-client. Ces documents ont été placés dans une enveloppe de plastique et mis sous scellés. Un avocat de BLG et l'avocat superviseur ont apposé leurs initiales sur le scellé. L'enveloppe a ensuite été remise au cabinet comptable. Contrairement à ce que prévoyait explicitement l'ordonnance *Anton Piller*, aucune liste complète des documents saisis n'a été dressée avant qu'ils soient retirés des lieux de la perquisition. Un avocat du cabinet CBB, représentant Celanese, a par la suite demandé au cabinet comptable de copier le contenu de l'enveloppe. L'enveloppe scellée a été ouverte à l'insu ou sans le consentement de BLG ou de Canadian Bearings, et son contenu a été copié dans l'ordinateur de CBB. Une copie a également été remise aux avocats américains de Celanese, KBTF. Quand il a appris que des documents privilégiés avaient été transmis à CBB et à KBTF, BLG a, par lettre, demandé la restitution immédiate de ces documents. Au lieu de restituer les documents demandés, CBB et KBTF ont informé BLG que les documents faisant l'objet d'une revendication de privilège avaient été supprimés de leurs systèmes respectifs. Canadian Bearings a alors déposé une requête visant à faire déclarer CBB et KBTF inhabiles à continuer d'occuper pour Celanese, mais le juge des requêtes l'a rejetée. La Cour divisionnaire a accueilli l'appel de Canadian Bearings et a ordonné à CBB et à KBTF de cesser d'occuper. La Cour d'appel a annulé cette décision, statuant que ni l'une ni l'autre des instances inférieures n'avait appliqué le bon critère pour décider si une déclaration d'inhabilité à occuper s'imposait. À son avis, Canadian Bearings avait l'obligation de démontrer qu'il existe un risque réel que l'avocat de la partie adverse utilise à son préjudice les renseignements provenant de documents privilégiés, et que la déclaration d'inhabilité à occuper représente le seul moyen réaliste d'écarter ce risque de préjudice. L'affaire a donc été renvoyée au juge des requêtes pour qu'il en poursuive l'examen.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Il est question, en l'espèce, d'un conflit entre deux valeurs opposées : le privilège avocat-client et le droit d'une partie à l'avocat de son choix. Pour résoudre ce conflit, il faut tenir pour acquis que le droit d'être représenté par un avocat ayant eu accès à des communications pertinentes effectuées à titre confidentiel entre un avocat et son client n'existe pas dans le cas où cet accès aurait dû être prévu et être sans trop de peine évité et où la partie ayant sollicité la perquisition n'a pas réfuté la présomption de risque de préjudice en résultant pour la partie visée par l'ordonnance *Anton Piller*. [2]

Il est inéquitable sur le plan procédural de faire subir à la défenderesse l'atteinte que représente une perquisition-surprise effectuée en vertu du recours extraordinaire qu'est l'ordonnance *Anton Piller* et au cours de laquelle des communications avocat-client confidentielles sont divulguées à la partie adverse, pour ensuite la contraindre à résoudre le problème causé par l'incurie de Celanese. La présente difficulté découle principalement de la conduite adoptée par les avocats de Celanese après la perquisition. Comme ils sont à l'origine du problème, il devrait leur appartenir de le résoudre. [51]

Aucune autorité publique ne se voit confier l'exécution d'une ordonnance *Anton Piller*, laquelle autorise plutôt une partie privée à exiger que la partie adverse la laisse entrer dans ses locaux pour qu'elle puisse saisir et conserver des éléments de preuve susceptibles d'étayer ses allégations dans un litige privé. Ce recours extraordinaire n'est justifié que dans le cas où le demandeur dispose d'une preuve *prima facie* solide et peut démontrer que, selon les faits, il y a tout lieu de croire qu'à défaut de cette ordonnance des éléments de preuve pertinents risquent d'être détruits ou supprimés de quelque autre manière. La partie visée par une ordonnance *Anton Piller* devrait bénéficier d'une triple protection : (1) une ordonnance soigneusement rédigée décrivant les documents à saisir et énonçant les garanties applicables notamment au traitement de documents privilégiés; (2) un avocat superviseur vigilant et indépendant des parties, nommé par le tribunal; (3) un sens de la mesure de la part des personnes qui exécutent l'ordonnance, l'accent devant être mis sur son objet précis qui est de conserver des éléments de preuve, et non d'en permettre l'utilisation précipitée. [1] [31]

Lorsqu'une ordonnance *Anton Piller* est exécutée correctement, les avocats qui effectuent la perquisition doivent être en mesure d'établir avec une certaine précision ce qui a été saisi, ce qu'ils ont vu et qui l'a vu, et quelles mesures ont été prises pour empêcher la communication abusive de renseignements confidentiels. Si les avocats de Celanese, qui, au cours de la perquisition, ont eu des conversations téléphoniques fréquentes avec l'avocat superviseur, avaient insisté pour

qu'une liste en bonne et due forme de tous les documents saisis soit dressée sur les lieux de la perquisition, l'ensemble des documents potentiellement confidentiels aurait été connu au départ. Néanmoins, étant donné que les documents électroniques en cause avaient été téléchargés sur un disque dur et des cédéroms, puis placés dans une enveloppe scellée dont la garde avait été confiée au cabinet comptable, il aurait été possible, dans les jours qui ont suivi la perquisition, de dresser une liste complète en présence d'un avocat de BLG. Cela n'a pas pu se faire non plus en raison de la conduite précipitée et unilatérale de CBB. Aucun besoin pressant ne justifiait l'ouverture de l'enveloppe. Ni CBB ni KBTF n'a tenté d'avoir accès aux documents privilégiés ou d'en tirer quelque avantage. Leur problème découle d'une incurie et d'une attitude trop agressive dans des circonstances qui commandaient la modération en reconnaissance de la situation de responsabilité exceptionnelle qu'impose la nature unilatérale et attentatoire d'une ordonnance *Anton Piller*. Dans un cas comme la présente affaire, la mesure corrective est censée être réparatrice et non punitive. [34] [52-54]

En l'espèce, la Cour d'appel a eu tort d'imposer aux avocats de Canadian Bearings le fardeau d'établir l'existence d'un risque réel de préjudice. Les avocats de Celanese qui ont effectué une perquisition en vertu d'une ordonnance *Anton Piller* et qui, de ce fait, sont entrés en possession de renseignements confidentiels pertinents ayant été obtenus grâce à des rapports antérieurs d'avocat à client ont l'obligation de démontrer qu'il n'y a aucun risque réel que ces renseignements soient utilisés au préjudice de Canadian Bearings. Les problèmes de preuve auxquels s'ajoutent les erreurs commises pendant et après la perquisition doivent être résolus par les gens qui sont responsables de la perquisition, et non par la partie qui en a fait l'objet. En l'espèce, la partie ayant sollicité la perquisition ne s'est pas acquittée de ce fardeau. [41-51] [55]

Le droit d'un demandeur de continuer à être représenté par les avocats de son choix constitue un élément important de notre système de justice accusatoire. Dans les litiges commerciaux modernes, il y a parfois un échange important de documents. Des erreurs sont commises. Dans ces circonstances, il n'est pas question d'inhabilité automatique à occuper. S'il est possible de remédier au problème sans avoir à déclarer inhabiles à occuper les avocats ayant effectué la perquisition, il faut examiner cette possibilité. À cet égard, il y a lieu de prendre en considération un certain nombre de facteurs : (i) la manière dont le demandeur ou ses avocats sont entrés en possession des documents; (ii) les mesures que le demandeur et ses avocats ont prises lorsqu'ils ont constaté que les documents étaient potentiellement assujettis au privilège avocat-client; (iii) la mesure dans laquelle les documents privilégiés ont été examinés; (iv) la teneur des communications avocat-client et la mesure dans laquelle elles sont préjudiciables; (v) l'étape de l'instance; (vi) l'efficacité potentielle d'une mesure de protection ou d'autres précautions destinées à éviter un préjudice. [56-59]

Quant au premier facteur, CBB et KBTF ont mis la main, d'une façon non intentionnelle mais évitable, sur les documents privilégiés grâce à l'ordonnance *Anton Piller*. Des précautions insuffisantes ont été prises et ceux qui ne prennent pas de précautions doivent en subir les conséquences. En ce qui concerne le deuxième facteur, CBB n'a ni dressé la liste des documents électroniques sur les lieux de la perquisition, comme l'exigeait l'ordonnance, ni tenu compte de l'importance manifeste des initiales de BLG apposées sur l'enveloppe scellée contenant les documents électroniques. De plus, il a refusé de restituer à BLG les documents demandés qui étaient visés par une revendication de privilège. CBB a effectivement pris des mesures, tout comme KBTF, pour limiter le préjudice ayant résulté, mais à cause de leurs erreurs, la Cour ne connaît pas, et Canadian Bearings n'est pas en mesure de connaître, l'ampleur potentielle de ce préjudice. Quant au troisième facteur, CBB et KBTF nient avoir procédé à un examen approfondi des documents privilégiés, mais ils doivent avoir effectué un examen assez minutieux pour qu'un avocat de KBTF puisse classer les documents comme étant « pertinents, non pertinents, exclusifs ou très pertinents ». En outre, certains documents lus et classés au départ comme étant « pertinents » se sont révélés (après une deuxième lecture) susceptibles de faire l'objet d'une revendication de privilège. En ce qui a trait au quatrième facteur, CBB et KBTF ne se sont pas acquittés de l'obligation de décrire la teneur des communications avocat-client dont ils ont pris connaissance en classant les documents. Il n'est donc pas possible de déterminer la mesure dans laquelle ces communications sont préjudiciables. Là encore, les avocats de Celanese ont créé ce problème en omettant d'agir avec prudence. Quant au cinquième facteur, l'instance ne fait que débiter et un préavis de la demande de déclaration d'inhabilité à occuper a été donné presque au départ. Enfin, bien que CBB ait mentionné au tribunal un certain nombre de mesures qui ont été prises, il semble évident qu'aucune mesure de protection suffisante n'avait été prise avant que le préjudice soit causé. En tout état de cause, la partie ayant sollicité la perquisition n'a pas produit suffisamment d'éléments de preuve pour démontrer que le public, c'est-à-dire une personne raisonnablement informée, serait convaincu qu'il ne serait fait aucun usage de renseignements confidentiels. [60-66]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Abella, Moldaver et Goudge) (2004), 73 O.R. (3d) 64, 244 D.L.R. (4th) 33, 190 O.A.C. 329, 1 C.P.C. (6th) 254, [2004] O.J. No. 3983 (QL), qui a accueilli un appel d'une décision de la Cour divisionnaire (les juges MacFarland, Macdonald et Campbell) (2004), 69 O.R. (3d) 632, 237 D.L.R. (4th) 516, 183 O.A.C. 296, 46 C.P.C. (5th) 285, [2004] O.J. No. 372 (QL), qui avait accueilli un appel d'une décision du juge Nordheimer (2003), 69 O.R. (3d) 618, [2003] O.J. No. 4211 (QL). Pourvoi accueilli.

Robert B. Bell, Douglas M. Worndl et Benjamin T. Glustein, pour les appelants.

Gavin MacKenzie et Michelle Vaillancourt, pour l'intimée Celanese Canada Inc.

Alan J. Lenczner, pour l'intimée Celanese Ltd.

C. Clifford Lax, c.r., et *M. Paul Mitchell*, pour l'intervenante Advocates' Society.

Mahmud Jamal et Derek Leschinsky, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Procureurs des appelants : Borden Ladner Gervais, Toronto.

Procureurs de l'intimée Celanese Canada Inc. : Heenan Blaikie, Toronto.

Procureurs de l'intimée Celanese Ltd. : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Advocates' Society : Lax O'Sullivan Scott, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

**THE STYLES OF CAUSE IN THE PRESENT
TABLE ARE THE STANDARDIZED STYLES OF
CAUSE (AS EXPRESSED UNDER THE
"INDEXED AS" ENTRY IN EACH CASE).**

Judgments reported in [2006] 1 S.C.R. Part 2

Canadian Pacific Railway Co. v. Vancouver (City),
[2006] 1 S.C.R. 227, 2006 SCC 5

Lévis (City) v. Tétreault; Lévis (City) v. 2629-4470
Québec inc.,
[2006] 1 S.C.R. 420, 2006 SCC 12

Mazzei v. British Columbia (Director of Adult Forensic
Psychiatric Services),
[2006] 1 S.C.R. 326, 2006 SCC 7

Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois,
[2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6

R. v. Chaisson,
[2006] 1 S.C.R. 415, 2006 SCC 11

R. v. Hotte,
[2006] 1 S.C.R. 379, 2006 SCC 8

R. v. Lavigne,
[2006] 1 S.C.R. 392, 2006 SCC 10

R. v. Pittiman,
[2006] 1 S.C.R. 381, 2006 SCC 9

**LES INTITULÉS UTILISÉS DANS CETTE
TABLE SONT LES INTITULÉS NORMALISÉS
DE LA RUBRIQUE "RÉPERTORIÉ" DANS
CHAQUE ARRÊT.**

Jugements publiés dans [2006] 1 R.C.S. Partie 2

Chemin de fer Canadien Pacifique c. Vancouver (Ville),
[2006] 1 R.C.S. 227, 2006 CSC 5

Lévis (Ville) c. Tétreault; Lévis (Ville) c. 2629-4470
Québec inc.,
[2006] 1 R.C.S. 420, 2006 CSC 12

Mazzei c. Colombie-Britannique (Directeur des Adult
Forensic Psychiatric Services),
[2006] 1 R.C.S. 326, 2006 CSC 7

Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois,
[2006] 1 R.C.S. 256, 2006 CSC 6

R. c. Chaisson,
[2006] 1 R.C.S. 415, 2006 CSC 11

R. c. Hotte,
[2006] 1 R.C.S. 379, 2006 CSC 8

R. c. Lavigne,
[2006] 1 R.C.S. 392, 2006 CSC 10

R. c. Pittiman,
[2006] 1 R.C.S. 381, 2006 CSC 9

SUPREME COURT OF CANADA SCHEDULE
CALENDRIER DE LA COUR SUPREME

- 2006 -

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

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

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

- 2007 -

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

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

JUNE - JUIN						
S D	M L	T M	W M	T J	F V	S S
					1	2
3	4	5	6	7	8	9
10	M 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:

Motions:
Requêtes:

Holidays:
Jours fériés:

M
H

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

