

**Little Sisters Book and Art
Emporium** *Appellant*

v.

**Commissioner of Customs and Revenue and
Minister of National Revenue** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario, Attorney
General of British Columbia, Canadian Bar
Association, Egale Canada Inc., Sierra Legal
Defence Fund and Environmental Law
Centre** *Interveners*

**INDEXED AS: LITTLE SISTERS BOOK AND ART
EMPORIUM v. CANADA (COMMISSIONER OF CUSTOMS
AND REVENUE)**

Neutral citation: 2007 SCC 2.

File No.: 30894.

2006: April 19; 2007: January 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Civil procedure — Costs — Advance costs — Whether
requirements to award advance costs met.*

L is a small corporation that operates a bookstore catering to the lesbian and gay community. Book sales represent 30 to 40 percent of its business. L, which still struggles to make a profit, is engaged in litigation to gain the release of four books prohibited by Customs on the basis that they were obscene. Frustrated after years of court battles with Customs over similar issues, L chose to enlarge the scope of the litigation and to pursue a broad inquiry into Customs' practices. When this litigation began, L had already fought a protracted legal battle against Customs, which culminated in this Court's decision in *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69 ("*Little Sisters No. 1*"), where it held that Customs' practices at the time infringed ss. 2(b) and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. L

**Little Sisters Book and Art
Emporium** *Appelante*

c.

**Commissaire des Douanes et du Revenu et
ministre du Revenu national** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario, procureur
général de la Colombie-Britannique,
Association du Barreau canadien, Egale
Canada Inc., Sierra Legal Defence Fund et
Environmental Law Centre** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : LITTLE SISTERS BOOK AND ART
EMPORIUM c. CANADA (COMMISSAIRE DES DOUANES
ET DU REVENU)**

Référence neutre : 2007 CSC 2.

N° du greffe : 30894.

2006 : 19 avril; 2007 : 19 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Procédure civile — Dépens — Provisions pour frais
— Les conditions requises pour accorder une provision
pour frais sont-elles remplies?*

L est une petite société qui exploite une librairie desservant la communauté gaie et lesbienne. Les ventes de livres représentent 30 à 40 pour 100 de ses activités. L, qui parvient encore mal à réaliser un bénéfice, a engagé des procédures pour obtenir le dédouanement de quatre livres que les Douanes ont interdits pour le motif qu'ils étaient obscènes. Irritée après avoir passé des années à affronter les Douanes devant les tribunaux relativement à des questions similaires, L a décidé d'élargir la portée du litige et de procéder à une vaste enquête sur les pratiques des Douanes. Lorsque le présent litige a pris naissance, L avait déjà livré aux Douanes une longue bataille judiciaire qui a abouti à l'arrêt *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69 (« *Little Sisters n° 1* »), dans lequel notre Cour a décidé que les

now seeks to have Customs bear the financial burden of its fresh complaint. It applied for advance costs to cover the four books appeal as well as a systemic review of Customs' practices. In its appeal, L asks for a reversal of Customs' obscenity determinations and a declaration that Customs has been construing and applying the relevant legislation in an unconstitutional manner. The chambers judge granted an advance costs order for the appeal and the systemic review, concluding that the three requirements of the *Okanagan* test were satisfied. The Court of Appeal set aside the order.

Held (Binnie and Fish JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Bastarache, LeBel, Deschamps, Abella and Rothstein JJ.: Bringing an issue of public importance to the courts will not automatically entitle a litigant to preferential costs treatment. Public interest advance costs orders must be granted with caution, as a last resort, in circumstances where their necessity is clearly established. The standard is a high one: only the "rare and exceptional" case is special enough to warrant an advance costs award. Accordingly, when applying the three requirements set out in *Okanagan*, a court must decide, with a view to all the circumstances, whether the case is sufficiently special that it would be contrary to the interests of justice to deny the advance costs application. The injustice that would arise if the application is not granted must relate both to the individual applicant and to the public at large. Since an advance costs award is an exceptional measure, the applicant must explore all other possible funding options, including costs immunities. If the applicant cannot afford the litigation as a whole, but is not completely impecunious, the applicant must commit to making a contribution to the litigation. No injustice can arise if the matter at issue could be settled, or the public interest could be satisfied, without an advance costs award. Likewise, courts should consider whether other litigation is pending and may be conducted for the same purpose, without requiring an interim order of costs. If advance costs are granted, the litigant must relinquish some manner of control over how the litigation proceeds. An advance costs award is meant to provide a basic level of assistance necessary for the case to proceed. Accordingly, courts should set limits on the rates and hours of legal work chargeable and cap advance costs awards at an appropriate global amount. The possibility of setting the advance costs award off against damages actually

pratiques des Douanes à l'époque contrevenaient à l'al. 2b) et à l'art 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L cherche maintenant à faire supporter par les Douanes le fardeau financier de sa nouvelle plainte. Elle a demandé une provision pour frais qui couvrirait l'appel concernant les quatre livres ainsi qu'une révision systémique des pratiques des Douanes. Dans son appel, L sollicite l'infirmité des décisions en matière d'obscénité rendues par les Douanes, ainsi qu'un jugement déclarant que les Douanes ont interprété et appliqué d'une manière inconstitutionnelle les dispositions législatives pertinentes. La juge en chambre a ordonné le versement d'une provision pour frais pour l'appel et la révision systémique, après avoir conclu que les trois volets du critère de l'arrêt *Okanagan* étaient respectés. La Cour d'appel a annulé cette ordonnance.

Arrêt (les juges Binnie et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Bastarache, LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein : Le fait de saisir les tribunaux d'une question d'importance pour le public ne signifie pas que le plaideur a automatiquement droit à un traitement préférentiel en matière de dépens. Les ordonnances accordant une provision pour frais pour des raisons d'intérêt public doivent être rendues avec circonspection, en dernier recours et dans des circonstances où leur nécessité est clairement établie. La norme est élevée : seule l'affaire « rare et exceptionnelle », qui est suffisamment particulière, peut justifier l'attribution d'une provision pour frais. Par conséquent, en appliquant les trois conditions énoncées dans l'arrêt *Okanagan*, un tribunal doit décider, eu égard à toutes les circonstances, si l'affaire est si particulière qu'il serait contraire aux intérêts de la justice de rejeter la demande de provision pour frais. L'injustice qui découlerait du rejet de la demande doit concerner à la fois le demandeur personnellement et le public en général. Étant donné que la provision pour frais est une mesure exceptionnelle, le demandeur doit étudier toutes les autres possibilités de financement, y compris l'exemption de dépens. Le demandeur qui n'a pas les moyens de payer tous les frais du litige, mais qui n'est pas totalement dépourvu de ressources, doit s'engager à fournir une contribution. Aucune injustice ne sera créée s'il est possible de régler l'affaire en cause ou de tenir compte de l'intérêt public sans accorder une provision pour frais. De même, les tribunaux devraient vérifier si une autre affaire visant les mêmes fins est en instance et peut se dérouler sans qu'il soit nécessaire de rendre une ordonnance accordant une provision pour frais. Dans le cas où une provision pour frais est accordée, le plaideur doit renoncer à exercer un certain contrôle sur la façon dont se déroule l'instance. La provision pour frais vise à fournir l'aide

collected at the end of the trial should also be contemplated. [35-43]

L's claim is insufficient to support a finding that the requirement of special circumstances is met. The context in which merit is considered is conditioned by the need to show that the case is exceptional. The four books appeal, in which L alleges a discriminatory attitude on the part of Customs to some of its merchandise, is extremely limited in scope. L has advanced no evidence suggesting that these four books are integral, or even important, to its operations. In this context, it is impossible to conclude that L is in the extraordinary position that would justify an award of advance costs. With the systemic review, L is essentially attempting to expand the scope of the litigation in the hope of bolstering its legal rights in individual cases. This approach does not bring the case within the scope of the advance costs remedy. Specifically, the systemic review is not necessarily based on the prohibition, detention, or even delay of any books belonging to L. [51-53]

While L's constitutional rights should not be understated, it has not provided *prima facie* evidence that it remains the victim of unfair targeting. The fact that Customs continues to detain large quantities of imported material, including high proportions of gay and lesbian material, is not, in itself, *prima facie* evidence that Customs officials are performing their task improperly, much less unconstitutionally. With respect to the systemic review, the efficacy of Customs' changes to its practices in the wake of *Little Sisters No. 1* cannot be determined to be insufficient on the basis of the number of decisions that have been unfavourable to L. [54-56]

The history of L's relations with Customs should not be understated either, but it does not justify the advance costs application. This history cannot be used to establish that an injustice will result if insufficient funds preclude L from arguing the systemic review. The battle L seeks to fight through the systemic review is, strictly speaking, unnecessary. It is the four books appeal that lies at the heart of L's claim against Customs; the systemic review is simply an attempt by L to investigate

minimale nécessaire pour que l'affaire suive son cours. En conséquence, les tribunaux devraient limiter les tarifs et les heures de travail juridique pouvant être facturés et plafonner la provision pour frais à un montant global convenable. Ils devraient aussi envisager la possibilité de déduire le montant de la provision pour frais des dommages-intérêts obtenus à l'issue du procès. [35-43]

La demande de L est insuffisante pour autoriser la conclusion que l'exigence des circonstances particulières est remplie. Le contexte dans lequel le bien-fondé est examiné est coloré par la nécessité d'établir le caractère exceptionnel de l'affaire. L'appel concernant les quatre livres, dans lequel L allègue que les Douanes adoptent une attitude discriminatoire à l'égard d'une partie de ses marchandises, conserve une portée extrêmement limitée. L n'a présenté aucun élément de preuve indiquant que ces quatre livres font partie intégrante de ses activités ou même qu'ils sont importants pour celles-ci. Dans ce contexte, il est impossible de conclure que L se trouve dans la situation extraordinaire qui justifierait l'attribution d'une provision pour frais. Essentiellement, L recourt à la révision systémique pour tenter d'élargir la portée du litige de manière à renforcer les droits que lui reconnaît la loi dans chaque cas particulier. Cette démarche ne justifie pas, en l'espèce, l'attribution d'une réparation consistant en une provision pour frais. Plus précisément, la révision systémique n'est pas nécessairement fondée sur le fait que des livres appartenant à L sont interdits, retenus ou tardent même à lui parvenir. [51-53]

Bien qu'il ne faille pas sous-estimer les droits constitutionnels de L, cette dernière n'a présenté aucune preuve *prima facie* qu'elle continue d'être injustement ciblée. Le fait que les Douanes continuent de retenir une grande quantité de matériel importé, dont une grande part de matériel gai et lesbien, ne constitue pas en soi une preuve *prima facie* que les fonctionnaires des Douanes s'acquittent de leur tâche de manière irrégulière et encore moins de manière inconstitutionnelle. En ce qui concerne la révision systémique, l'efficacité des changements que les Douanes ont apportés à leurs pratiques à la suite de l'arrêt *Little Sisters n° 1* ne peut pas être qualifiée d'insuffisante en raison du nombre de décisions défavorables à L. [54-56]

Bien qu'ils ne doivent pas être sous-estimés non plus, les rapports antérieurs de L avec les Douanes ne justifient pas sa demande de provision pour frais. Ces rapports antérieurs ne peuvent pas être invoqués pour établir qu'une injustice résultera si L ne peut pas débattre la question de la révision systémique parce qu'elle dispose de fonds insuffisants. La bataille que L veut livrer au moyen de la révision systémique est, à proprement parler, inutile. C'est l'appel concernant les quatre livres qui se situe au

Customs' practices independently of this context. [57-58]

In the present case, the issues raised do not transcend the litigant's individual interests. Because L has chosen to investigate Customs' general operations under the systemic review, the four books appeal concerns no interest beyond that of L itself and, as a consequence, is not special enough to justify an award of advance costs. The legal issues being raised by L in the four books appeal were already considered, and ruled upon, in *Little Sisters No. 1*. At most, the four books appeal deals with the application of *Little Sisters No. 1* to a specific set of facts. Moreover, the constitutional issues underlying L's claim do not satisfy the public importance criterion. The four books appeal does not address the issue of whether Customs is, in general, correctly applying the legal test for obscenity; rather, it is limited to the question of whether Customs reached the right result in prohibiting four specific titles. While evidence about Customs' general practices may arise incidentally in the course of the four books appeal, the broader issues raised by L are being considered separately, as part of the systemic review. Under the systemic review, L has sought to demonstrate the far-reaching importance of this litigation by arguing that proof that Customs has disobeyed a court order would have great ramifications. However, short of imputing bad faith to Customs, a finding that its present practices do not meet this Court's dictates would not impugn the integrity of the government at large. Such a finding does not rise to the level of general public importance simply because it concerns a public body. Finally, not all *Charter* litigation is of exceptional public importance, even if it involves allegations of infringements of freedom of expression. What must be proved is that the alleged *Charter* breach begs to be resolved in the public interest. Where, as here, only one of the possible results on the merits could render the case publicly important, the court should not conclude that the public importance requirement is met. It is in general only when the public importance of a case can be established regardless of the ultimate holding on the merits that a court should consider the public importance requirement satisfied. [60-66]

cœur de l'action que L a intentée contre les Douanes; la révision systémique ne représente qu'une simple tentative de L d'enquêter sur les pratiques des Douanes indépendamment du présent contexte. [57-58]

En l'espèce, les questions soulevées ne dépassent pas le cadre des intérêts du plaideur. Du fait que L a choisi d'enquêter sur les activités générales des Douanes dans le cadre de la révision systémique, l'appel concernant les quatre livres ne vise aucun autre intérêt que celui de L elle-même et n'est donc pas suffisamment particulier pour justifier l'attribution d'une provision pour frais. Les questions juridiques que L soulève dans le cadre de l'appel concernant les quatre livres ont déjà été examinées et tranchées dans l'arrêt *Little Sisters n° 1*. Au mieux, l'appel concernant les quatre livres porte sur l'application de l'arrêt *Little Sisters n° 1* à un ensemble particulier de faits. De plus, les questions constitutionnelles qui sous-tendent la demande de L ne satisfont pas au critère de l'importance pour le public. L'appel concernant les quatre livres ne porte pas sur la question de savoir si, en général, les Douanes appliquent correctement le critère juridique d'obscénité; il se limite plutôt à la question de savoir si les Douanes sont arrivées au bon résultat en interdisant quatre titres particuliers. Même si des éléments de preuve sur les pratiques générales des Douanes peuvent surgir de manière incidente dans le cadre de l'appel concernant les quatre livres, les questions générales soulevées par L sont examinées séparément dans le cadre de la révision systémique. Dans le cadre de la révision systémique, L a tenté de démontrer que la présente instance revêt une importance considérable, en soutenant que la preuve que les Douanes ne se sont pas conformées à une ordonnance judiciaire aurait des répercussions majeures. Toutefois, sans aller jusqu'à imputer de la mauvaise foi aux Douanes, conclure que leurs pratiques actuelles ne respectent pas les prescriptions de notre Cour ne compromettrait pas l'intégrité du gouvernement en général. Une telle conclusion ne revêt pas une importance générale pour le public du seul fait qu'elle vise un organisme public. Enfin, les poursuites fondées sur la *Charte* ne revêtent pas toutes une importance exceptionnelle pour le public, même dans le cas où elles comportent des allégations d'atteinte à la liberté d'expression. Il faut prouver qu'il est dans l'intérêt public de déterminer si l'allégation de violation de la *Charte* est fondée. Dans le cas où, comme en l'espèce, un seul des résultats possibles quant au fond pourrait rendre l'affaire importante pour le public, le tribunal ne devrait pas conclure que l'exigence de l'importance pour le public est remplie. En général, un tribunal devrait considérer que cette exigence est remplie uniquement dans le cas où l'importance d'une affaire pour le public peut être établie sans égard à la décision qui sera rendue en définitive sur le fond. [60-66]

Absent exceptional circumstances, it is not necessary to address L's impecuniosity. Had the three parts of the *Okanagan* test been met, the court would still have to exercise its discretion to decide whether advance costs ought to be awarded or whether another type of order is justified. In exercising its discretion, the court must remain sensitive to any concerns that did not arise in its analysis of the test. In the case at bar, these concerns would have prompted the chambers judge to exercise her discretion against an advance costs award in respect of the systemic review since the possibility of hearing the four books appeal before conducting the systemic review was an alternative to her advance costs award. [67] [72] [75]

Per McLachlin C.J. and Charron J.: In certain cases raising special circumstances, judges, invoking their equitable jurisdiction, may order one party to pay the other's interim costs where it is necessary to avoid unfairness or injustice. When interim costs are ordered in public interest cases, the issues raised must transcend the individual interests of the particular litigant and have special interest for the broader community. However, even in public interest litigation, the common law requirement for special circumstances must still be established as a pre-condition of interim costs. The three criteria for an order for advance costs therefore are: (1) impecuniosity; (2) a meritorious case; and (3) special circumstances making this extraordinary exercise of the court's power appropriate. The order is in the court's discretion, provided the conditions are made out. [83] [86-88]

Here, the chambers judge failed to consider whether the case displayed special circumstances and the Court of Appeal correctly set aside the interim costs order. While the chambers judge's findings concerning L's inability to finance the litigation and the merit of the case should not be disturbed, the third pre-condition for an order of interim costs is not met, not because the case entirely lacks public interest, but because it does not rise to the level of the special circumstances required to give the court jurisdiction to make the order. At stake in this case is the prospect of not learning how Customs proceeded on the four books appeal. The possible insight into Customs' practices and the limited potential remedy do not rise to the level of compelling

À défaut de circonstances exceptionnelles, il n'est pas nécessaire d'aborder la question du manque de ressources de L. Si les trois volets du critère de l'arrêt *Okanagan* avaient été respectés, le tribunal devrait encore exercer son pouvoir discrétionnaire de décider s'il convient d'accorder une provision pour frais ou de rendre un autre type d'ordonnance. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le tribunal doit demeurer attentif à toute préoccupation qui n'a pas été soulevée dans son analyse du critère. En l'espèce, ces préoccupations auraient incité la juge en chambre à exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser la provision pour frais à l'égard de la révision systémique, étant donné que la possibilité d'entendre l'appel concernant les quatre livres avant de passer à la révision systémique était une solution de rechange à la provision pour frais qu'elle a consentie. [67] [72] [75]

La juge en chef McLachlin et la juge Charron : Dans certaines affaires qui présentent des circonstances particulières, un juge peut invoquer sa compétence d'équité pour ordonner à une partie de verser à l'autre partie une provision pour frais si c'est nécessaire pour éviter une iniquité ou injustice. Lorsqu'une provision pour frais est ordonnée dans une affaire d'intérêt public, les questions soulevées doivent dépasser le cadre des intérêts du plaigneur et présenter un intérêt spécial pour la collectivité en général. Cependant, même dans le cadre d'une instance d'intérêt public, il faut tout de même établir que la condition de common law des circonstances particulières est remplie pour que la provision pour frais puisse être ordonnée. Les trois conditions qui doivent être réunies pour qu'une ordonnance accordant une provision pour frais soit rendue sont donc les suivantes : (1) le manque de ressources, (2) l'affaire vaut d'être instruite et (3) l'existence de circonstances particulières justifiant l'exercice exceptionnel de ce pouvoir judiciaire. Cette ordonnance relève du pouvoir discrétionnaire du tribunal, qui peut la rendre seulement s'il est établi que les conditions sont remplies. [83] [86-88]

En l'espèce, la juge en chambre ne s'est pas demandé si l'affaire présentait des circonstances particulières, et la Cour d'appel a annulé à juste titre l'ordonnance accordant une provision pour frais. Bien qu'il n'y ait pas lieu de modifier les conclusions de la juge en chambre relatives à l'incapacité de L de financer l'instance et au bien-fondé de l'affaire, la troisième condition préalable de l'ordonnance accordant une provision pour frais n'est pas remplie, non pas en raison de l'absence totale d'intérêt public, mais parce que l'affaire ne présente pas les circonstances particulières requises pour qu'un tribunal soit fondé à rendre cette ordonnance. En l'espèce, l'enjeu est le risque qu'on n'apprenne pas comment les Douanes ont agi relativement à l'appel concernant les

public importance or demonstrate systemic injustice. This case does not fall into the narrow class of cases where one party may be ordered to pay the interim costs of the other party. [89-90] [94] [99] [101] [109]

Per Binnie and Fish JJ. (dissenting): The ramifications of *Little Sisters No. 1* go to the heart and soul of L's present application. Systemic discrimination by Customs officials and unlawful interference with free expression were clearly established in the earlier case, and numerous *Charter* violations and systemic problems in the administration of Customs legislation were found. In its application for advance costs in this case, L contended that the systemic abuses established in the earlier litigation have continued, and that Customs has shown itself to be unwilling to administer the Customs legislation fairly and without discrimination. The question of public importance is this: was the Minister as good as his word in 2000 when his counsel assured the Court that the appropriate reforms had been implemented? The chambers judge, from whose decision the present appeal has been taken, concluded that L had established a *prima facie* case that the promised reforms had not been implemented. Having listened to evidence and argument, she ordered interim funding subject to a stringent costs control order, the terms of which have now been agreed to. The present proceeding is not the beginning of a litigation journey. It is 12 years into it. [114] [116] [120]

If shown to be true, L's allegations mean that it has suffered special damage as a result of a systemic failure of Customs to respect the constitutional rights of readers and writers as well as importers. The public has an interest in whether its government respects the law and operates in relation to its citizens in a non-discriminatory fashion. That is where the interest of this litigation transcends L's private interest. [130]

In this case, the pre-conditions set out in *Okanagan* for an order of advance costs are satisfied. First, as found by the chambers judge, and as accepted by the Chief Justice, the impecuniosity requirement is met. Alternate sources of funding were explored, and a finding of impecuniosity should not depend on the existence of other parties able to bring a similar claim. Second, as the Chief Justice also agrees, the claim to be adjudicated is *prima facie* meritorious. Third, the issues raised are

quatre livres. Les indications possibles sur les pratiques des Douanes et la réparation limitée qui pourrait résulter n'atteignent pas un niveau déterminant d'importance pour le public et ne démontrent pas non plus l'existence d'une injustice systémique. La présente affaire n'entre pas dans la catégorie restreinte des cas où une partie peut se voir ordonner de payer une provision pour frais à l'autre partie. [89-90] [94] [99] [101] [109]

Les juges Binnie et Fish (dissidents) : Les ramifications de l'arrêt *Little Sisters n° 1* sont cruciales en ce qui concerne la présente demande de L. L'existence de discrimination systémique de la part des fonctionnaires des douanes et d'atteinte illégale à la liberté d'expression a été clairement établie dans l'instance antérieure, et de nombreuses violations de la *Charte* et des problèmes systémiques d'application de la législation douanière ont été constatés. Dans la demande de provision pour frais qu'elle présente en l'espèce, L soutient que les abus systémiques dont l'existence a été établie dans l'instance antérieure se sont poursuivis et que les Douanes ne se sont pas montrées disposées à appliquer la législation douanière de manière équitable et non discriminatoire. La question d'importance pour le public est la suivante : le ministre donnait-il l'heure juste en 2000 lorsque son avocat a assuré la Cour que les réformes appropriées avaient été mises en œuvre? La juge en chambre, dont la décision est à l'origine du présent pourvoi, a conclu que L avait établi une preuve *prima facie* que les réformes promises n'avaient pas été mises en œuvre. Après avoir entendu la preuve et l'argumentation, la juge en chambre a accordé une provision pour frais sous réserve d'une ordonnance prescrivant un contrôle rigoureux des coûts, dont les modalités sont maintenant l'objet d'un commun accord. La présente affaire ne fait pas que débiter, elle dure depuis 12 ans. [114] [116] [120]

Si elles s'avèrent, les allégations de L signifieront que le défaut systémique des Douanes de respecter les droits constitutionnels des lecteurs, des écrivains et des importateurs lui a causé un préjudice particulier. La population a le droit de savoir si son gouvernement respecte la loi et traite ses citoyens d'une manière non-discriminatoire. C'est là que l'intérêt du présent litige dépasse le cadre des intérêts de L. [130]

En l'espèce, les conditions qui, selon l'arrêt *Okanagan*, doivent être réunies pour qu'une provision pour frais soit accordée sont remplies. Premièrement, comme l'a conclu la juge en chambre et l'a accepté la Juge en chef, la condition du manque de ressources est remplie. D'autres possibilités de financement ont été examinées et une conclusion d'impecuniosité ne devrait pas dépendre du fait que d'autres parties sont en mesure d'intenter une action semblable. Deuxièmement, comme en convient

of public importance and transcend individual interests. Given that 70 percent of Customs detentions are of gay and lesbian material, there is unfinished business of high public importance left over from *Little Sisters No. 1*. While the proposed systemic review would be an impermissible expansion of the four books appeal, the four books appeal permits L to explore, within a limited context, the process under which the importation of these books was banned, and to that extent provides an opportunity for the systemic issues to be canvassed. Whether the chambers judge's discretion is formulated in terms of "rare and exceptional" circumstances (as held in *Okanagan*), or the "special circumstances" formulated by the Chief Justice in this case, the test is satisfied. Although the chambers judge erred in principle in ordering advance costs for the so-called systemic review (because there is no such action pending), she properly exercised her discretion in awarding advance costs with respect to the four books appeal. There is no basis on which to interfere with the exercise of her discretion that this is an exceptional case of special public importance that should not be defeated by L's lack of funds. [131] [133] [141] [145] [148] [153] [156-158]

It is appropriate to cap the maximum potential public contribution to the four books appeal at \$300,000, subject to further order of the case management judge. To the extent that L can make a contribution to the costs, it should also be required to do so. If L is successful and substantial damages are awarded, it should be obligated to repay the entire amount of the advance costs plus interest at the usual prejudgment rate as a first charge on any such award of damages. [159-161]

Cases Cited

By Bastarache and LeBel JJ.

Applied: *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, 2003 SCC 71; **referred to:** *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263, 2003 SCC 69; *Office and Professional Employees'*

également la Juge en chef, la demande vaut *prima facie* d'être instruite. Troisièmement, les questions soulevées revêtent une importance pour le public et dépassent le cadre d'intérêts individuels. Étant donné que 70 pour 100 des retenues effectuées par les Douanes portent sur du matériel gai et lesbien, l'arrêt *Little Sisters n° 1* n'a pas tout réglé et il reste à trancher un aspect d'une grande importance pour le public. La révision systémique proposée élargirait de manière inacceptable la portée de l'appel concernant les quatre livres, mais cet appel donne à L la possibilité d'étudier, dans un contexte limité, le processus en vertu duquel l'importation de ces livres a été interdite et permet, dans cette mesure, d'examiner les questions systémiques. Peu importe que le pouvoir discrétionnaire de la juge en chambre soit formulé sous l'angle des circonstances « rares et exceptionnelles » (comme dans l'arrêt *Okanagan*) ou sous celui des « circonstances spéciales ou particulières » mentionnées par la Juge en chef en l'espèce, le critère est respecté. Bien qu'elle ait commis une erreur de principe en ordonnant le versement d'une provision pour frais pour la soi-disant révision systémique (du fait qu'aucune action de cette nature n'est en cours), la juge en chambre a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire en accordant une provision pour frais relativement à l'appel concernant les quatre livres. Il n'y a aucune raison de modifier sa décision, prise dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, selon laquelle il s'agit d'un cas exceptionnel d'une importance particulière pour le public où L ne devrait pas se voir forcée de renoncer à agir en justice à cause d'un manque de fonds. [131] [133] [141] [145] [148] [153] [156-158]

Il convient de plafonner à 300 000 \$ la contribution publique à l'appel concernant les quatre livres, sous réserve d'une autre ordonnance de la juge responsable de la gestion de l'instance. Dans la mesure où L peut contribuer aux coûts, elle devrait être tenue de le faire. Si elle a gain de cause et obtient des dommages-intérêts substantiels, L devrait être tenue de rembourser en priorité sur ceux-ci le montant total de la provision pour frais, majoré des intérêts au taux habituel des intérêts avant jugement. [159-161]

Jurisprudence

Citée par les juges Bastarache et LeBel

Arrêt appliqué : *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371, 2003 CSC 71; **arrêts mentionnés :** *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263, 2003 CSC 69; *Office and*

International Union, Local 378 v. British Columbia (Hydro and Power Authority), [2005] B.C.J. No. 9 (QL), 2005 BCSC 8; *MacDonald v. University of British Columbia* (2004), 26 B.C.L.R. (4th) 190, 2004 BCSC 412; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4; *Valhalla Wilderness Society v. British Columbia (Ministry of Forests)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 120; *Sierra Club of Western Canada v. British Columbia (Chief Forester)* (1994), 117 D.L.R. (4th) 395, aff'd (1995), 126 D.L.R. (4th) 437; *R. (Corner House Research) v. Secretary of State for Trade and Industry*, [2005] 1 W.L.R. 2600, [2005] EWCA Civ 192; *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, [2004] 1 S.C.R. 303, 2004 SCC 9; *R. v. Keating* (1997), 159 N.S.R. (2d) 357.

By McLachlin C.J.

Referred to: *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, 2003 SCC 71, aff'g (2001), 95 B.C.L.R. (3d) 273, 2001 BCCA 647; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *Jones v. Coxeter* (1742), 2 Atk. 400, 26 E.R. 642; *Organ v. Barnett* (1992), 11 O.R. (3d) 210; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, aff'g (1992), 10 O.R. (3d) 321.

By Binnie J. (dissenting)

Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice), [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)* (1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241; *R. v. C. Coles Co.*, [1965] 1 O.R. 557; *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, 2003 SCC 71.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 15(1), 24(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163(8).
Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), ss. 67, 71.
Customs Tariff, S.C. 1987, c. 49, Sch. VII, Code 9956.
Customs Tariff, S.C. 1997, c. 36.
Rules of Court, B.C. Reg. 221/90, r. 57(9).

Authors Cited

Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, vol. I, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated November 2005).

Professional Employees' International Union, Local 378 c. British Columbia (Hydro and Power Authority), [2005] B.C.J. No. 9 (QL), 2005 BCSC 8; *MacDonald c. University of British Columbia* (2004), 26 B.C.L.R. (4th) 190, 2004 BCSC 412; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4; *Valhalla Wilderness Society c. British Columbia (Ministry of Forests)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 120; *Sierra Club of Western Canada c. British Columbia (Chief Forester)* (1994), 117 D.L.R. (4th) 395, conf. par (1995), 126 D.L.R. (4th) 437; *R. (Corner House Research) c. Secretary of State for Trade and Industry*, [2005] 1 W.L.R. 2600, [2005] EWCA Civ 192; *Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, [2004] 1 R.C.S. 303, 2004 CSC 9; *R. c. Keating* (1997), 159 N.S.R. (2d) 357.

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371, 2003 CSC 71, conf. (2001), 95 B.C.L.R. (3d) 273, 2001 BCCA 647; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *Jones c. Coxeter* (1742), 2 Atk. 400, 26 E.R. 642; *Organ c. Barnett* (1992), 11 O.R. (3d) 210; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, conf. (1992), 10 O.R. (3d) 321.

Citée par le juge Binnie (dissident)

Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice), [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Minister of Justice)* (1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241; *R. c. C. Coles Co.*, [1965] 1 O.R. 557; *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371, 2003 CSC 71.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 15(1), 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163(8).
Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.), art. 67, 71.
Rules of Court, B.C. Reg. 221/90, art. 57(9).
Tarif des douanes, L.C. 1987, ch. 49, ann. VII, code 9956.
Tarif des douanes, L.C. 1997, ch. 36.

Doctrine citée

Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, vol. I, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated November 2005).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Saunders, Thackray and Oppal J.J.A.) (2005), 249 D.L.R. (4th) 695, 208 B.C.A.C. 246, 344 W.A.C. 246, 38 B.C.L.R. (4th) 288, 193 C.C.C. (3d) 491, 7 C.P.C. (6th) 333, 127 C.R.R. (2d) 165, [2005] B.C.J. No. 291 (QL), 2005 BCCA 94, setting aside a decision of Bennett J. (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 330, [2004] B.C.J. No. 1241 (QL), 2004 BCSC 823. Appeal dismissed, Binnie and Fish J.J. dissenting.

Joseph J. Arvay, Q.C., and Irene Faulkner, for the appellant.

Cheryl J. Tobias and Brian McLaughlin, for the respondents.

Janet E. Minor and Mark Crow, for the intervener the Attorney General of Ontario.

George H. Copley, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

J. J. Camp, Q.C., and Melina Buckley, for the intervener the Canadian Bar Association.

Cynthia Petersen, for the intervener Egale Canada Inc.

Chris Tollefson and Robert V. Wright, for the interveners the Sierra Legal Defence Fund and the Environmental Law Centre.

The judgment of Bastarache, LeBel, Deschamps, Abella and Rothstein J.J. was delivered by

BASTARACHE AND LeBEL JJ. —

1. Introduction

The appellant, Little Sisters Book and Art Emporium, is a corporation that operates a bookstore serving the gay and lesbian community in Vancouver. The issue in this appeal is whether it is proper for the appellant to have the costs of its court battle against the respondents (collectively referred to as “Customs”) funded by the public purse by means of the exceptional advance (or interim) costs

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Saunders, Thackray et Oppal) (2005), 249 D.L.R. (4th) 695, 208 B.C.A.C. 246, 344 W.A.C. 246, 38 B.C.L.R. (4th) 288, 193 C.C.C. (3d) 491, 7 C.P.C. (6th) 333, 127 C.R.R. (2d) 165, [2005] B.C.J. No. 291 (QL), 2005 BCCA 94, qui a infirmé une décision de la juge Bennett (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 330, [2004] B.C.J. No. 1241 (QL), 2004 BCSC 823. Pourvoi rejeté, les juges Binnie et Fish sont dissidents.

Joseph J. Arvay, c.r., et Irene Faulkner, pour l’appelante.

Cheryl J. Tobias et Brian McLaughlin, pour les intimés.

Janet E. Minor et Mark Crow, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

George H. Copley, c.r., pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

J. J. Camp, c.r., et Melina Buckley, pour l’intervenante l’Association du Barreau canadien.

Cynthia Petersen, pour l’intervenante Egale Canada Inc.

Chris Tollefson et Robert V. Wright, pour les intervenants Sierra Legal Defence Fund et Environmental Law Centre.

Version française du jugement des juges Bastarache, LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein rendu par

LES JUGES BASTARACHE ET LeBEL —

1. Introduction

L’appelante Little Sisters Book and Art Emporium est une société qui exploite une librairie desservant la communauté gaie et lesbienne de Vancouver. Il s’agit, en l’espèce, de déterminer si l’appelante peut à bon droit obtenir que sa bataille judiciaire contre les intimés (collectivement appelés les « Douanes ») soit financée par les deniers publics au moyen de l’ordonnance exceptionnelle

order contemplated in *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, 2003 SCC 71. In our view, the appellant cannot succeed.

The situation in *Okanagan* was clearly out of the ordinary. The bands had been thrust into complex litigation against the government that they could not pay for, and the case raised issues vital both to their survival and to the government's approach to aboriginal rights. The issue before the Court in that case was whether the bands' inability to pay should have the effect of leaving constitutional rights unenforceable and public interest issues unresolved. Mindful of the serious consequences to the bands and of the contours of the anticipated litigation, this Court decided that a real injustice would result if the courts refused to exercise their equitable jurisdiction in respect of costs and if, as a consequence, the bands' impecuniosity prevented the trial from proceeding.

The situation in the present case differs from that in *Okanagan*. A small business corporation is in particular engaging in litigation to gain the release of merchandise that was stopped at the border. On its face, this dispute is no different from any other one that could be initiated by the many Canadians whose shipments may be detained and scrutinized by Customs before they are allowed to receive them. But the history of this case reveals more. Understandably frustrated after years of court battles with Customs over similar issues, this corporation has chosen to enlarge the scope of the litigation and to pursue a broad inquiry into Customs' practices. The appellant wants its present interests, as well as its (and other importers') future interests, settled for good, and it wants to stop Customs from prohibiting any more imports until its complaints are resolved.

The question in this appeal is not whether the appellant has a good cause of action, but whether the cost of the corporation's attempt to get Customs

accordant une provision pour frais, prévue dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371, 2003 CSC 71. À notre avis, elle ne saurait avoir gain de cause.

La situation dans l'affaire *Okanagan* était clairement inhabituelle. Les bandes avaient été plongées dans un litige complexe qui les opposait au gouvernement et qu'elles étaient incapables de financer, alors que l'affaire soulevait des questions d'une importance cruciale à la fois pour leur survie et pour l'approche du gouvernement en matière de droits ancestraux. La question soumise à la Cour dans cette affaire était de savoir si l'incapacité de payer des bandes devrait avoir pour effet d'empêcher l'application de droits constitutionnels et de laisser en suspens des questions d'intérêt public. Consciente de la gravité des conséquences pour les bandes et des limites du litige présagé, la Cour a décidé que le refus des tribunaux d'exercer leur compétence d'équité en matière de dépens entraînerait une véritable injustice si le manque de ressources des bandes empêchait le procès de suivre son cours.

La situation en l'espèce diffère de celle qui se présentait dans l'affaire *Okanagan*. Une société exploitant une petite entreprise engage notamment des procédures pour obtenir le dédouanement de marchandises retenues à la frontière. À première vue, ce conflit ne diffère pas de ceux que pourraient déclencher les nombreux Canadiens dont les commandes seraient retenues ou examinées par les Douanes avant qu'elles leur soient remises. Mais il y a plus. Naturellement irritée après avoir passé des années à affronter les Douanes devant les tribunaux relativement à des questions similaires, cette société a décidé d'élargir la portée du litige et de procéder à une vaste enquête sur les pratiques des Douanes. L'appelante tient à ce que la question de ses droits présents et de ses droits (et ceux des autres importateurs) futurs soit tranchée définitivement, et elle veut empêcher les Douanes de prohiber d'autres importations jusqu'à ce que ses plaintes soient réglées.

La question en l'espèce est non pas de savoir si l'appelante a une cause d'action valable, mais plutôt si les contribuables canadiens devraient supporter

2

3

4

to release its merchandise, or the costs of its broad inquiry into Customs' practices, should be borne by the Canadian taxpayer. An exceptional order such as this can be made only in special circumstances, like those in *Okanagan*, subject to stringent conditions and to the appropriate procedural controls. In our opinion, the appellant's application meets none of the requirements developed by the Court in that decision.

5

The fact that the appellant's claim would not be summarily dismissed does not suffice to establish that interim costs should be granted to allow it to proceed. That is not the proper test. Quite unfortunately, financial constraints put potentially meritorious claims at risk every day. Faced with this dilemma, legislatures have offered some responses, although these may not address every situation. Legal aid programs remain underfunded and overwhelmed. Self-representation in courts is a growing phenomenon. *Okanagan* was not intended to resolve all these difficulties. The Court did not seek to create a parallel system of legal aid or a court-managed comprehensive program to supplement any of the other programs designed to assist various groups in taking legal action, and its decision should not be used to do so. The decision did not introduce a new financing method for self-appointed representatives of the public interest. This Court's *ratio* in *Okanagan* applies only to those few situations where a court would be participating in an injustice — against the litigant personally and against the public generally — if it did not order advance costs to allow the litigant to proceed.

2. Facts

6

The appellant is a business corporation that operates the Little Sisters Book and Art Emporium, an establishment that caters to the lesbian and gay community of Vancouver. Book sales represent 30 to 40 percent of the appellant's business. Although

les frais qu'elle a engagés pour amener les Douanes à dédouaner ses marchandises ou pour procéder à sa vaste enquête sur les pratiques des Douanes. Une telle ordonnance exceptionnelle ne peut être rendue que dans des circonstances particulières, comme celles de l'affaire *Okanagan*, et sous réserve de conditions strictes et des contrôles procéduraux indiqués. À notre avis, la demande de l'appelante ne satisfait à aucune des exigences que la Cour a établies dans cet arrêt.

Le fait que la demande de l'appelante ne serait pas rejetée sommairement ne suffit pas pour établir qu'il y a lieu d'accorder une provision pour frais pour en permettre l'instruction. Tel n'est pas le critère applicable. Fort malheureusement, des contraintes financières compromettent, chaque jour, l'examen de demandes qui peuvent être fondées. Placées devant ce dilemme, les législatures ont proposé des réponses qui ne remédient pas nécessairement à toutes les situations. Les programmes d'aide juridique demeurent sous-capitalisés et débordés. La non-représentation par un avocat devient de plus en plus fréquente devant les tribunaux. L'arrêt *Okanagan* n'était pas censé résoudre toutes ces difficultés. La Cour n'a pas cherché à établir un système parallèle d'aide juridique ou un vaste programme géré par les tribunaux, afin de compléter tout autre programme destiné à aider divers groupes à ester en justice, et sa décision ne doit pas servir à le faire. Cette décision n'a pas créé une nouvelle méthode de financement pour les plaideurs qui s'autoproclament représentants de l'intérêt public. Le raisonnement de notre Cour dans l'arrêt *Okanagan* ne s'applique qu'aux rares cas où un tribunal contribuerait à une injustice — envers le plaideur personnellement et envers le public en général — s'il n'accordait pas la provision pour frais requise pour que le plaideur puisse aller de l'avant.

2. Les faits

L'appelante est une société commerciale qui exploite l'entreprise Little Sisters Book and Art Emporium desservant la communauté gaie et lesbienne de Vancouver. Les ventes de livres représentent 30 à 40 pour 100 des activités de

the appellant's asset value has grown significantly in recent years, from \$218,446 in 2000 to \$324,618 in 2003, it still struggles to make a profit. It has never netted more than \$25,000 in one year, and in 2003 it lost almost \$60,000. Recent losses are at least partly attributable to an embezzlement of \$85,000.

The appellant's claim for advance costs must be considered in the context of the history of litigation between these two parties. When the present litigation began, the appellant had already fought a protracted legal battle against Customs, which culminated in this Court's decision in *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69 ("*Little Sisters No. 1*"). In that case, the appellant, along with its shareholders, James Eaton Deva and Guy Bruce Smyth, challenged the constitutionality of Customs' procedures for detaining obscene material and of the legislative foundation for those procedures. Writing for the majority of this Court, Binnie J. agreed that Customs' practices at the time infringed ss. 2(b) and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He also determined that the burden of proving obscenity rested with the person alleging it. However, Binnie J. held that the provisions of the *Customs Act* themselves were constitutional.

The remedy sought by the appellant and its shareholders in *Little Sisters No. 1* was an injunction whose terms were generally the same as those of the injunction requested by the appellant in the case at bar. Binnie J. felt that a remedy of this nature was not warranted. He wrote the following, at para. 157:

I conclude, with some hesitation, that it is not practicable to [offer a structured s. 24(1) remedy]. The trial concluded on December 20, 1994. We are told that in the past six years, Customs has addressed the institutional and administrative problems encountered by the appellants. In the absence of more detailed information as to what precisely has been done, and the extent to which (if at all) it has remedied the situation, I am not prepared to

l'appelante. Bien que la valeur de son actif ait augmenté considérablement au cours des dernières années, passant de 218 446 \$ en 2000 à 324 618 \$ en 2003, l'appelante parvient encore mal à réaliser un bénéfice. Son bénéfice net n'a jamais dépassé 25 000 \$ par année et, en 2003, ses pertes ont atteint presque 60 000 \$. Des pertes récentes sont dues, tout au moins en partie, à un détournement de 85 000 \$.

Il faut examiner la demande de provision pour frais de l'appelante en fonction des poursuites qui ont opposé ces deux parties dans le passé. Lorsque le présent litige a pris naissance, l'appelante avait déjà livré aux Douanes une longue bataille judiciaire qui a abouti à l'arrêt de notre Cour *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69 (« *Little Sisters n° 1* »). Dans cette affaire, l'appelante, ainsi que ses actionnaires James Eaton Deva et Guy Bruce Smyth, contestaient la constitutionnalité des méthodes utilisées par les Douanes pour retenir le matériel obscène, ainsi que du fondement législatif de ces méthodes. S'exprimant au nom de notre Cour à la majorité, le juge Binnie a convenu que les pratiques des Douanes à l'époque contrevenaient à l'al. 2b) et au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a aussi décidé que la charge de prouver l'obscénité incombait à la partie qui invoquait ce moyen. Le juge Binnie a toutefois conclu que les dispositions mêmes de la *Loi sur les douanes* étaient constitutionnelles.

Dans l'affaire *Little Sisters n° 1*, la réparation sollicitée par l'appelante et ses actionnaires était une injonction identique, dans l'ensemble, à celle que l'appelante demande en l'espèce. Le juge Binnie a estimé qu'une réparation de cette nature n'était pas justifiée. Il a écrit ceci, au par. 157 :

C'est avec une certaine réticence que je conclus [qu'une réparation structurée en vertu du par. 24(1)] n'est pas réalisable. Le procès s'est terminé le 20 décembre 1994. On nous dit qu'au cours des six dernières années, les Douanes ont corrigé les problèmes institutionnels et administratifs éprouvés par les appelants. En l'absence de données plus précises sur ce qui a été fait exactement et sur la mesure dans laquelle on a ainsi remédié à la

endorse my colleague's conclusion that these measures are "not sufficient" (para. 262) and have offered "little comfort" (para. 265). Equally, however, we have not been informed by the appellants of the specific measures (short of declaring the legislation invalid or inoperative) that in the appellants' view would remedy any continuing problems.

He added that the "findings [in that case] should provide the appellants with a solid platform from which to launch any further action in the Supreme Court of British Columbia should they consider that further action is necessary" (para. 158). Costs were awarded to the appellant and its shareholders on a party-and-party basis.

9 The present litigation, the appellant suggests, is the "further action" that Binnie J. anticipated. Counsel for the appellant drew a direct line tracing his client's current legal battle to this Court's refusal to offer injunctive relief back in 2000. Still arguing that it was denied the appropriate remedy nearly six years ago, the appellant seeks to have Customs bear the financial burden of its fresh complaint on these new facts.

10 This dispute over costs is related to litigation spawned by Customs' July 5, 2001 detention of books destined for the appellant. On that date, eight titles — comprising 34 books — were detained by Customs on the basis that they were obscene. The appellant was able to obtain the release of four of these titles within a month. With four titles still being detained, the appellant chose to request a redetermination for only two: *Meatmen*, vol. 18, *Special S&M Comics Edition* and *Meatmen*, vol. 24, *Special SM Comics Edition* (the "Meatmen comics"). Customs again determined that these two titles were obscene. Arguing that they were incorrectly classified, on February 14, 2002, the appellant appealed the redetermination to the British Columbia Supreme Court, as it was entitled to do pursuant to ss. 67 and 71 of the *Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.).

situation (si tant est qu'on l'a fait), je ne suis pas prêt à souscrire à la conclusion de mon collègue selon laquelle ces mesures ne sont « pas suffisantes » (par. 262) et ne sont pas d'un « grand secours » (par. 265). Dans le même ordre d'idées, toutefois, les appelants ne nous ont pas indiqué quelles sont, à leur avis, les mesures précises (à défaut de déclarer les dispositions législatives invalides ou inopérantes) qui permettraient de corriger tout problème qui subsisterait.

Il a ajouté que les « constatations [dans cette affaire] devraient fournir aux appelants des assises solides, susceptibles de fonder toute autre action qu'ils estimeraient nécessaire d'intenter devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique » (par. 158). Des dépens comme entre parties ont été accordés à l'appelante et à ses actionnaires.

Selon l'appelante, le présent litige constitue l'« autre action » envisagée par le juge Binnie. L'avocat de l'appelante a établi un lien direct entre la présente bataille judiciaire de sa cliente et le refus de notre Cour d'accorder une injonction en 2000. Continuant d'alléguer qu'elle n'a pas eu droit à une réparation convenable il y a près de six ans, l'appelante cherche à faire supporter par les Douanes le fardeau financier de sa nouvelle plainte compte tenu de ces faits nouveaux.

Le présent litige relatif aux dépens est lié aux poursuites émanant de la décision des Douanes, le 5 juillet 2001, de retenir des livres destinés à l'appelante. Ce jour-là, les Douanes ont retenu huit titres — comprenant 34 livres — pour le motif qu'ils étaient obscènes. L'appelante a pu obtenir le dédouanement de quatre de ces titres dans un délai d'un mois. Quant aux quatre titres encore retenus, l'appelante a décidé de demander une révision concernant deux d'entre eux seulement : *Meatmen*, vol. 18, *Special S&M Comics Edition* et *Meatmen*, vol. 24, *Special SM Comics Edition* (les « bandes dessinées Meatmen »). Les Douanes ont de nouveau décidé que ces deux titres étaient obscènes. Prétendant que ces titres avaient été mal classés, l'appelante a, le 14 février 2002, porté cette révision en appel devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, comme elle en avait le droit en vertu des art. 67 et 71 de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.).

While the litigation with respect to the Meatmen comics proceeded, Customs detained another shipment of books destined for the appellant. Once again, some of the titles detained by Customs were released without the need for a redetermination. But after a redetermination, Customs still found two titles to be obscene: *Of Men, Ropes & Remembrance — The Stories from Bound & Gagged Magazine* and *Of Slaves & Ropes & Lovers* (the “Townsend books”). On September 26, 2003, the appellant appealed this decision to the British Columbia Supreme Court, seeking the same relief it was seeking with respect to the Meatmen comics.

The parties have agreed to have the appeals relating to the Meatmen comics and the Townsend books heard together. The prohibition of these four titles provides the factual basis for the appellant’s claim on the merits.

In its appeals, the appellant asks for a reversal of the Customs’ obscenity determinations, as well as a declaration that Customs has been construing and applying the relevant legislation in an unconstitutional manner. As a remedy, it seeks an injunction restraining Customs from applying certain sections of the *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36, and the *Customs Act* to its goods. The appellant also requests damages and “[s]pecial or increased costs”.

On August 14, 2002, the appellant also filed a Notice of Constitutional Question. Alleging a breach of s. 2(b) of the *Charter*, it is seeking the same remedies as specified above, but is using the constitutional question to broaden the scope of the injunction it seeks. In its Notice of Constitutional Question, the appellant states that it wants an order preventing Customs from applying the relevant sections of the *Customs Tariff* and the *Customs Act* to “anyone or, in the alternative, to the Appellant, until such time as the Court is satisfied that the unconstitutional administration will cease”.

Pendant que se déroulait l’instance relative aux bandes dessinées Meatmen, les Douanes ont retenu un autre envoi de livres destiné à l’appelante. Là encore, certains titres retenus par les Douanes ont été dédouanés sans qu’une révision ait été nécessaire. Cependant, après une révision, les Douanes estimaient encore que deux titres étaient obscènes : *Of Men, Ropes & Remembrance — The Stories from Bound & Gagged Magazine* et *Of Slaves & Ropes & Lovers* (les « livres Townsend »). Le 26 septembre 2003, l’appelante a porté cette décision en appel devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, sollicitant la même réparation que pour les bandes dessinées Meatmen.

Les parties ont consenti à ce que les appels relatifs aux bandes dessinées Meatmen et aux livres Townsend soient entendus ensemble. L’interdiction de ces quatre titres constitue le fondement factuel de la demande au fond de l’appelante.

Dans ses appels, l’appelante sollicite l’infirmité des décisions en matière d’obscénité rendues par les Douanes, ainsi qu’un jugement déclarant que les Douanes ont interprété et appliqué d’une manière inconstitutionnelle les dispositions législatives pertinentes. À titre de réparation, elle sollicite une injonction interdisant aux Douanes d’appliquer à ses marchandises certaines dispositions du *Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36, et de la *Loi sur les douanes*. L’appelante réclame également des dommages-intérêts et des [TRADUCTION] « [d]épens spéciaux ou majorés ».

Le 14 août 2002, l’appelante a aussi déposé un avis de question constitutionnelle. Alléguant une violation de l’al. 2b) de la *Charte*, elle demande les mêmes réparations que celles mentionnées plus haut, mais elle se sert de la question constitutionnelle pour élargir la portée de l’injonction demandée. Dans son avis de question constitutionnelle, l’appelante affirme qu’elle veut obtenir une ordonnance empêchant les Douanes d’appliquer les dispositions pertinentes du *Tarif des douanes* et de la *Loi sur les douanes* à [TRADUCTION] « qui que ce soit ou, subsidiairement, à l’appelante jusqu’à ce que la Cour soit convaincue que l’application inconstitutionnelle cessera ».

11

12

13

14

15 Bennett J. of the British Columbia Supreme Court, who is both the presiding judge in this case and the case management judge, defined the scope of the litigation in her ruling of February 6, 2003 ((2003), 105 C.R.R. (2d) 119, 2003 BCSC 148). Specifically, she approved the appellant's constitutional question and found that the appeal of Customs' decision to prohibit the appellant's books "gives a factual context to the issues raised by Little Sisters" (para. 24). That decision was not appealed.

16 On January 22, 2004, about a month after this Court released its decision in *Okanagan*, the appellant applied for advance costs, claiming, in the words of Bennett J., that it had "run out of money to pursue the litigation" (para. 6). As James Eaton Deva, a shareholder in the appellant, stated in his affidavit:

After hearing [the testimony of Anne Kline, the official of Canada Customs who is responsible for making the final determination of obscenity], we were convinced that if her testimony reflected the way Canada Customs approached this issue, then it still had deep systemic problems. If true, then our ten-year battle, and partial victory in the Supreme Court of Canada, had failed to effect any significant change. In that case, a court determination that the *Meatmen* comics were not obscene would not be sufficient. Instead, we became convinced that the only way to rectify the problems in Canada Customs was a systemic remedy, not simply a ruling on individual books. We decided that we had an obligation to seek that remedy.

3. Judicial History

3.1 *British Columbia Supreme Court* (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 330, 2004 BCSC 823

17 On the application for advance costs in the British Columbia Supreme Court, Bennett J. ruled in favour of the appellant. She identified three "discrete, yet

La juge Bennett de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, qui préside la présente affaire et qui est responsable de la gestion de l'instance, a défini la portée du litige dans sa décision du 6 février 2003 ((2003), 105 C.R.R. (2d) 119, 2003 BCSC 148). Plus particulièrement, elle a approuvé la question constitutionnelle de l'appelante et a conclu que l'appel interjeté à l'encontre de la décision des Douanes d'interdire les livres de l'appelante [TRADUCTION] « confère un contexte factuel aux questions soulevées par Little Sisters » (par. 24). Cette décision n'a pas été portée en appel.

Le 22 janvier 2004, soit environ un mois après que notre Cour eut rendu l'arrêt *Okanagan*, l'appelante a demandé une provision pour frais en alléguant, pour reprendre les propos de la juge Bennett, qu'elle avait [TRADUCTION] « manqué d'argent pour poursuivre l'instance » (par. 6). Comme l'a indiqué dans son affidavit James Eaton Deva, un actionnaire de l'appelante :

[TRADUCTION] Après avoir entendu [le témoignage d'Anne Kline, la fonctionnaire de Douanes Canada chargée de rendre la décision définitive en matière d'obscénité], nous étions convaincus que si son témoignage reflétait la façon dont Douanes Canada a abordé cette question, il y avait encore de graves problèmes systémiques. En l'occurrence, nos dix années de bataille et notre victoire partielle en Cour suprême du Canada n'avaient donné lieu à aucun changement significatif. Dans ce cas, une décision judiciaire que les bandes dessinées *Meatmen* n'étaient pas obscènes ne serait pas suffisante. Nous avons acquis la conviction que le seul moyen de remédier aux problèmes de Douanes Canada est d'obtenir une réparation systémique et non une simple décision concernant certains livres. Nous avons décidé que nous avons l'obligation de solliciter cette réparation.

3. Historique des procédures judiciaires

3.1 *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 330, 2004 BCSC 823

À propos de la demande de provision pour frais présentée en Cour suprême de la Colombie-Britannique, la juge Bennett a statué en faveur

linked, arguments” being advanced by the appellant (para. 15). The first issue for which the appellant sought an advance costs award was whether Customs had properly prohibited four titles that the appellant wanted to import (the “Four Books Appeal”). The second issue was whether Customs had addressed the systemic problems identified in *Little Sisters No. 1* (the “Systemic Review”). The third issue was whether the definition of obscenity established by this Court in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, is unconstitutional (the “Constitutional Question”).

Focussing first on the question of financial capacity, Bennett J. linked the “prohibitive” cost of appealing prohibition decisions to the fact that so few of them are brought to court (para. 19). In her brief analysis on this point, she applied a test of whether the litigant “genuinely cannot afford to pay for the litigation” and concluded that the appellant could not (paras. 21-22). Bennett J. also found that replacing the appellant’s current counsel was not a “realistic option” (para. 24).

Bennett J. then turned to apply this Court’s analysis from *Okanagan* separately to each of the three issues raised by the appellant. On the *prima facie* merit requirement, Bennett J. found that there was *prima facie* evidence that Customs was not applying the obscenity test from *Butler* correctly (para. 29). She also gave some credence to the argument that Customs’ procedures, under which the decision maker in the internal appeal did not look at the materials presented to the adjudicators at first instance, were flawed (para. 30). This convinced her that the Four Books Appeal satisfied the *prima facie* merit prong of the *Okanagan* test. Bennett J. then disposed of this requirement in respect of the Systemic Review and the Constitutional Question, referring, on the former, to her holding on public importance and,

de l’appelante. Elle a dégagé trois [TRADUCTION] « arguments distincts mais néanmoins connexes » avancés par l’appelante (par. 15). La première question que l’appelante a soulevée dans sa demande de provision pour frais était de savoir si les Douanes avaient interdit à bon droit quatre titres que l’appelante voulait importer (l’« appel concernant les quatre livres »). La deuxième question consistait à déterminer si les Douanes avaient résolu les problèmes systémiques relevés dans l’arrêt *Little Sisters n° 1* (la « révision systémique »). La troisième question était de savoir si la définition d’obscénité établie par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, est inconstitutionnelle (la « question constitutionnelle »).

Examinant d’abord la question de la capacité financière, la juge Bennett a établi un lien entre le coût « prohibitif » d’un appel interjeté contre des interdictions et le fait qu’il y ait si peu de ces décisions qui sont soumises aux tribunaux (par. 19). Dans sa brève analyse de cette question, elle a appliqué un critère consistant à déterminer si le plaideur [TRADUCTION] « n’a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige », et a conclu que l’appelante n’en avait pas les moyens (par. 21-22). La juge Bennett a également conclu que remplacer l’avocat qui représentait alors l’appelante n’était pas une « option réaliste » (par. 24).

La juge Bennett a alors appliqué séparément à chacune des trois questions soulevées par l’appelante la grille d’analyse adoptée par notre Cour dans l’arrêt *Okanagan*. Quant à l’exigence de bien-fondé à première vue, elle a conclu qu’il existait une preuve *prima facie* que les Douanes n’appliquaient pas correctement le critère d’obscénité établi dans l’arrêt *Butler* (par. 29). Elle a également ajouté foi, dans une certaine mesure, à l’argument voulant que les méthodes des Douanes, en vertu desquelles la personne chargée de statuer sur l’appel interne n’avait pas examiné les documents présentés aux décideurs en première instance, aient comporté des lacunes (par. 30). Cet argument l’a persuadée que l’appel concernant les quatre livres satisfaisait au volet du bien-fondé à première vue du critère de l’arrêt *Okanagan*. La juge Bennett a ensuite tranché la

18

19

on the latter, to changes in the decade since *Butler* (paras. 32-33).

20

Bennett J. turned next to the question of whether the issues raised “[go] beyond individual interests, are of public importance and have not been decided in other cases” (para. 34). For the Four Books Appeal, she concentrated on the detentions that continue to affect the appellant, the “dearth of case law in this area” and the importance of freedom of expression in a democracy (paras. 35-43). She concluded that, if Customs is indeed applying the legal test for obscenity incorrectly, the issue affects all book importers and is therefore of public importance.

21

On the public importance of the Systemic Review, Bennett J. began her analysis by noting the “large magnitude of detentions” by Customs (para. 48). She found that there was “some evidence” of continual targeting of gay and lesbian material, noted that the time requirements for review were not being met, and expressed her concern about some alleged inconsistencies in Customs’ detention practices (paras. 49-52). Based on the past litigation between the parties, Bennett J. was sceptical of Customs’ claim that it had recently changed its practices (paras. 53-58). In fact, she stated that there was a *prima facie* case that the problems in *Little Sisters No. 1* had not been “sufficiently addressed” (para. 59). Moving from this finding, Bennett J. held that the third requirement of *Okanagan* was satisfied, based on the constitutional issues at stake and the public’s interest in knowing whether the government had failed to comply with a court order (para. 61).

question de cette exigence à l’égard de la révision systémique et de la question constitutionnelle, en mentionnant, dans le premier cas, sa conclusion sur l’importance pour le public et, dans le dernier cas, les changements survenus au cours de la décennie ayant suivi l’arrêt *Butler* (par. 32-33).

La juge Bennett s’est ensuite demandé si les questions soulevées [TRADUCTION] « transcend[ent] les intérêts individuels, si elles revêtent une importance pour le public et si elles n’ont pas été tranchées dans d’autres affaires » (par. 34). Quant à l’appel concernant les quatre livres, elle s’est concentrée sur les retenues qui continuent de toucher l’appelante, la « rareté de la jurisprudence dans ce domaine » et l’importance de la liberté d’expression dans une démocratie (par. 35-43). Elle a conclu que, si les Douanes appliquent effectivement mal le critère juridique d’obscénité, la question touche alors tous les importateurs de livres et revêt donc une importance pour le public.

Au sujet de l’importance de la révision systémique pour le public, la juge Bennett a commencé son analyse en soulignant [TRADUCTION] « l’ampleur considérable des retenues » effectuées par les Douanes (par. 48). Elle a décidé que « certains éléments de preuve » indiquaient que le matériel destiné aux gais et aux lesbiennes était constamment ciblé, en plus de noter que le délai imparti pour procéder à une révision n’était pas respecté, et de se dire préoccupée par de présumées incohérences dans les pratiques de retenue des Douanes (par. 49-52). En raison des poursuites qui avaient opposé les parties dans le passé, la juge Bennett mettait en doute la valeur de l’argument des Douanes voulant qu’elles aient récemment modifié leurs pratiques (par. 53-58). En fait, elle a affirmé qu’il existait une preuve *prima facie* qu’on ne s’était pas « suffisamment employé » à régler les problèmes relevés dans l’arrêt *Little Sisters n° 1* (par. 59). Forte de cette conclusion, la juge Bennett a décidé que la troisième exigence de l’arrêt *Okanagan* était remplie compte tenu des enjeux constitutionnels et du fait qu’il était dans l’intérêt du public de savoir si le gouvernement avait omis de se conformer à une ordonnance judiciaire (par. 61).

However, Bennett J. did not find that the public importance requirement had been met with respect to the Constitutional Question. Referring to this Court's decisions in *Butler, R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, and *Little Sisters No. 1*, she held that the Constitutional Question did not raise an issue of public importance that had not been resolved in a previous case, as required by *Okanagan* (paras. 75-87). This holding has not been appealed.

Having determined that the three requirements in *Okanagan* were satisfied in respect of the Four Books Appeal and the Systemic Review, Bennett J. exercised her discretion in favour of ordering advance costs (paras. 44 and 63). She left the determination of the structure of the advance costs order and the quantum of the award to a later date (para. 94).

3.2 *British Columbia Court of Appeal* (2005), 38 B.C.L.R. (4th) 288, 2005 BCCA 94

Leave to appeal Bennett J.'s advance costs decision to the British Columbia Court of Appeal was initially denied by Prowse J.A., in chambers. Two months later, a three-member panel of the Court of Appeal varied Prowse J.A.'s order and granted leave.

Writing for a unanimous court, Thackray J.A. allowed Customs' appeal. He began by commenting upon what he considered to be an "incompleteness" in the process (para. 25). Specifically, he felt that Bennett J.'s failure to consider the structure of the advance costs order and the quantum of the award undermined her order. After Bennett J.'s original order, the parties themselves had reached an agreement on structure and quantum.

Turning to the *Okanagan* criteria, Thackray J.A. focussed his attention on the impecuniosity and public importance requirements. On the *prima*

Toutefois, la juge Bennett a estimé que l'exigence de l'importance pour le public n'avait pas été remplie à l'égard de la question constitutionnelle. Mentionnant les arrêts de notre Cour *Butler, R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, et *Little Sisters n^o 1*, elle a décidé que la question constitutionnelle ne soulevait pas une question d'importance pour le public qui n'avait pas encore été tranchée, comme l'exige l'arrêt *Okanagan* (par. 75-87). Cette décision n'a pas été portée en appel.

Après avoir décidé que les trois conditions de l'arrêt *Okanagan* étaient remplies dans le cas de l'appel concernant les quatre livres et celui de la révision systémique, la juge Bennett a exercé son pouvoir discrétionnaire et a ordonné le versement d'une provision pour frais (par. 44 et 63). Elle a reporté à une autre date la détermination de la structure et du montant de la provision pour frais (par. 94).

3.2 *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (2005), 38 B.C.L.R. (4th) 288, 2005 BCCA 94

La juge Prowse, siégeant en chambre, a d'abord rejeté la demande d'autorisation de porter en appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique la décision de la juge Bennett d'accorder une provision pour frais. Deux mois plus tard, une formation de trois juges de la Cour d'appel a modifié l'ordonnance de la juge Prowse et accueilli la demande d'autorisation.

S'exprimant au nom de la cour à l'unanimité, le juge Thackray a accueilli l'appel des Douanes. Il a d'abord commenté ce qu'il considérait comme un [TRADUCTION] « aspect incomplet » du processus (par. 25). Plus précisément, il estimait que l'omission de la juge Bennett d'examiner la structure et le montant de la provision pour frais compromettait son ordonnance. Après l'ordonnance initiale de la juge Bennett, les parties elles-mêmes s'étaient entendues sur la structure et le montant.

Examinant ensuite le critère de l'arrêt *Okanagan*, le juge Thackray s'est attaché à l'étude des exigences de manque de ressources et d'importance pour

22

23

24

25

26

facie merit requirement, he simply held that it was satisfied because the “case has attained a status above that of being merely frivolous” (para. 28).

27 Considering the appellant’s impecuniosity, Thackray J.A. asked whether it might be possible for the court to hear the Four Books Appeal before the Systemic Review. The effect of doing so would be potentially large cost savings for the public purse, insofar as the result on the Four Books Appeal might shed light on whether the Systemic Review needed to be heard at all and, if so, whether it should be publicly funded (paras. 29 and 45). To the Court of Appeal, the inclusion of the Systemic Review in the litigation represented “an enormous escalation from [the case’s] original purpose”, making it proper to consider whether an advance costs award — if necessary — could be confined to the Four Books Appeal, at least at first (paras. 36-39 and 44). The Court of Appeal was also reticent to extend this Court’s decision in *Okanagan* to a for-profit corporation (para. 41).

28 Thackray J.A. then turned to the public importance requirement. He noted that the Four Books Appeal was a narrow matter that was confined to four specific titles (para. 49). It did not involve broad issues that would affect all book importers.

29 On the Systemic Review, Thackray J.A. canvassed Bennett J.’s reasons in detail. He took issue with the latter’s conclusions based on the fact that Customs continues to detain a large number of books, noting that this fact does not indicate that Customs’ practices are in any way improper (para. 55). He also observed that the appellant was relying on evidence collected before Customs had purportedly changed its system; at most, such evidence could be relied upon to show how quickly Customs had reacted to *Little Sisters No. 1*, but it could not serve to determine whether all the problems in *Little Sisters No. 1* had eventually been addressed. This

le public. En ce qui concerne l’exigence de bien-fondé à première vue, il a simplement conclu qu’elle était remplie parce que [TRADUCTION] « l’affaire n’est plus simplement frivole » (par. 28).

Passant à la discussion du manque de ressources de l’appelante, le juge Thackray s’est demandé si le tribunal pourrait entendre l’appel concernant les quatre livres avant d’examiner la question de la révision systémique. Une telle procédure pourrait permettre de réaliser une économie considérable de deniers publics, dans la mesure où l’issue de l’appel concernant les quatre livres pourrait aider à déterminer la nécessité de l’examen de la question de la révision systémique et, dans l’affirmative, s’il devrait être financé par les deniers publics (par. 29 et 45). Selon la Cour d’appel, l’inclusion de la question de la révision systémique dans le litige représentait [TRADUCTION] « un saut énorme par rapport à l’objet initial [de l’affaire] », de sorte qu’il convenait de se demander si l’attribution d’une provision pour frais — dans le cas où elle se révélerait nécessaire — pourrait, dans un premier temps tout au moins, être limitée à l’appel concernant les quatre livres (par. 36-39 et 44). La Cour d’appel hésitait également à appliquer à une société à but lucratif l’arrêt *Okanagan* de notre Cour (par. 41).

Le juge Thackray a ensuite examiné l’exigence de l’importance pour le public. Il a fait remarquer que l’appel concernant les quatre livres portait strictement sur quatre titres précis (par. 49). Il ne portait pas sur des questions générales qui toucheraient tous les importateurs de livres.

Quant à la révision systémique, le juge Thackray a examiné attentivement les motifs de la juge Bennett. Il s’est dit en désaccord avec ses conclusions fondées sur le fait que les Douanes continuent de retenir un grand nombre de livres, soulignant que ce fait n’indique pas que les pratiques des Douanes sont irrégulières à quelque égard que ce soit (par. 55). Il a ajouté que l’appelante se fondait sur une preuve recueillie avant que les Douanes aient prétendument modifié leur système; au mieux, cette preuve pouvait être utilisée pour démontrer la célérité avec laquelle les Douanes avaient réagi à l’arrêt *Little Sisters n° 1*, mais non pour déterminer si

“efficiency” question was significantly less important to the public than the question of whether the problems were addressed at all (para. 57).

Finally, Thackray J.A. pointed out that Bennett J. had not considered whether the present litigation could be defined as “special” enough to merit advance costs, as opposed to simply being important (para. 60). Freedom of expression, he stated, is always of public interest, but not every freedom of expression case can satisfy the public importance requirement. In the present case, it was worth considering the fact that the communities on which the appellant’s claim would have the greatest impact did not view this case as sufficiently important to undertake funding it (para. 63). What is more, Thackray J.A. was hesitant about spending public funds on litigation that could result in a significant award for the applicant (para. 62).

In all, the Court of Appeal concluded that the appellant’s claim was not of sufficient significance that the public purse should be obligated to help it move forward. Thackray J.A. concluded that “the public has not appointed Little Sisters to this role” as a watchdog, and he was “not satisfied that it is necessary for Little Sisters to be the instrument of reform of Customs” (paras. 72 and 74). Although recognizing the deference owed to Bennett J., the court nonetheless felt that this was an appropriate circumstance to find that the trial judge had erred (para. 66). Accordingly, it set aside her order for advance costs.

4. Analysis

4.1 *Rule in Okanagan*

Okanagan concerned logging rights of four Indian bands on Crown land in British Columbia. These bands had begun logging in order to raise funds for housing and desperately needed social

les problèmes relevés dans l’arrêt *Little Sisters n° 1* avaient tous éventuellement été résolus. La question de « l’efficacité » était beaucoup moins importante pour le public que celle de savoir si les problèmes étaient un tant soit peu résolus (par. 57).

Enfin, le juge Thackray a souligné que la juge Bennett ne s’était pas demandé si le présent litige pouvait être qualifié de suffisamment « particulier » pour justifier une provision pour frais, au lieu de simplement important (par. 60). La liberté d’expression, a-t-il rappelé, est toujours d’intérêt public, mais les affaires où il est question de liberté d’expression ne peuvent pas toutes satisfaire à l’exigence d’importance pour le public. En l’espèce, il convenait de tenir compte du fait que les communautés qui seraient les plus touchées par la demande de l’appelante ne considéraient pas que la présente affaire était suffisamment importante pour qu’elles contribuent à son financement (par. 63). Qui plus est, le juge Thackray hésitait à affecter des deniers publics à un litige à l’issue duquel le demandeur pourrait se voir accorder un montant considérable (par. 62).

Dans l’ensemble, la Cour d’appel a statué que la demande de l’appelante ne revêtait pas une importance suffisante pour que le trésor public soit tenu de l’aider à suivre son cours. Le juge Thackray a conclu que [TRADUCTION] « le public n’a pas confié à Little Sisters ce rôle » de surveillance, et il n’était pas « convaincu que Little Sisters doit être l’instrument de réforme des Douanes » (par. 72 et 74). Tout en reconnaissant la nécessité de faire montre de déférence envers la juge Bennett, la cour a néanmoins estimé qu’il convenait, en l’espèce, de conclure que la juge de première instance avait commis erreur (par. 66). La cour a donc annulé son ordonnance accordant une provision pour frais.

4. Analyse

4.1 *La règle de l’arrêt Okanagan*

L’affaire *Okanagan* portait sur le droit de quatre bandes indiennes à l’exercice d’activités d’exploitation forestière sur des terres publiques en Colombie-Britannique. Ces bandes avaient

30

31

32

services. Contending that they had no right to do so, the Minister of Forests served them with stop-work orders and then commenced proceedings to enforce the orders. The bands tried to prevent the matter from going to trial, seeking to have it determined summarily by arguing that it would be impossible for them to finance a full trial.

33

An exceptional convergence of factors occurred in *Okanagan*. At the individual level, the case was of the utmost importance to the bands. They were caught in a grave predicament: the costs of the litigation were more than they could afford, especially given pressing needs like housing; yet a failure to assert their logging rights would seriously compromise those same needs. On a broader level, the case raised aboriginal rights issues of great public importance. There was evidence that the land claim advanced by the bands had *prima facie* merit, but the courts had yet to decide on the precise mechanism for advancing such claims — the fundamental issue of general importance had not been resolved by the courts in other litigation. However the case was ultimately decided, it was in the public interest to have the matter resolved. For both the bands themselves and the public at large, the litigation could not, therefore, simply be abandoned. In these exceptional circumstances, this Court held that the public's interest in the litigation justified a structured advance costs order insofar as it was necessary to have the case move forward.

34

In essence, *Okanagan* was an evolutionary step, but not a revolution, in the exercise of the courts' discretion regarding costs. As was explained in that case, the idea that costs awards can be used as a powerful tool for ensuring that the justice system functions fairly and efficiently was not a

commencé l'exploitation forestière dans le but de financer la construction de maisons ainsi que des services sociaux dont elles avaient désespérément besoin. Prétendant qu'elles n'avaient aucun droit à cet égard, le ministre des Forêts leur a signifié des ordonnances de cessation des travaux et a ensuite introduit une instance afin de les faire respecter. Les bandes ont tenté d'éviter que l'affaire fasse l'objet d'un procès et ont demandé qu'elle soit tranchée par procédure sommaire pour le motif qu'il leur serait impossible de financer un procès complet.

L'affaire *Okanagan* réunissait un ensemble exceptionnel de facteurs. D'un point de vue individuel, elle revêtait une importance capitale pour les bandes, qui se trouvaient dans une situation très difficile : les coûts du litige dépassaient ce qu'elles pouvaient se permettre, compte tenu surtout de leurs besoins urgents, notamment en matière de logement; l'omission de faire valoir leurs droits d'exercer des activités d'exploitation forestière compromettrait d'ailleurs gravement leurs chances de répondre à ces mêmes besoins. D'un point de vue général, l'affaire soulevait des questions de droits ancestraux d'une grande importance pour le public. Des éléments de preuve indiquaient que la revendication territoriale présentée par les bandes était fondée à première vue, mais les tribunaux n'avaient encore établi aucun mécanisme précis de présentation de ces revendications — la question fondamentale d'importance générale n'avait pas été tranchée par les tribunaux dans le cadre d'une autre instance. Sans égard à l'issue de l'affaire, il était dans l'intérêt du public qu'elle soit tranchée. Donc, tant pour les bandes elles-mêmes que pour le public en général, il n'était simplement pas possible d'abandonner l'instance. Dans ces circonstances exceptionnelles, notre Cour a jugé que l'intérêt du public dans le litige justifiait une ordonnance structurée de provision pour frais dans la mesure où il était nécessaire de permettre à l'affaire de suivre son cours.

Essentiellement, l'arrêt *Okanagan* constituait une phase d'évolution — et non une révolution — de l'exercice du pouvoir discrétionnaire que les tribunaux possèdent en matière de dépens. Comme l'a expliqué cet arrêt, on savait depuis longtemps que l'attribution de dépens peut constituer un

novel one. Policy goals, like discouraging — and thus sanctioning — misconduct by a litigant, are often reflected in costs awards: see M. M. Orkin, *The Law of Costs* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. I, at § 205.2(2). Nevertheless, the general rule based on principles of indemnity, i.e., that costs follow the cause, has not been displaced. This suggests that policy and indemnity rationales can co-exist as principles underlying appropriate costs awards, even if “[t]he principle that a successful party is entitled to his or her costs is of long standing, and should not be departed from except for very good reasons”: Orkin, at p. 2-39. This framework has been adopted in the law of British Columbia by establishing the “costs follow the cause” rule as a default proposition, while leaving judges room to exercise their discretion by ordering otherwise: see r. 57(9) of the Supreme Court of British Columbia *Rules of Court*, B.C. Reg. 221/90.

Okanagan did not establish the access to justice rationale as the paramount consideration in awarding costs. Concerns about access to justice must be considered with and weighed against other important factors. Bringing an issue of public importance to the courts will not automatically entitle a litigant to preferential treatment with respect to costs: *Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263, 2003 SCC 69; *Office and Professional Employees’ International Union, Local 378 v. British Columbia (Hydro and Power Authority)*, [2005] B.C.J. No. 9 (QL), 2005 BCSC 8; *MacDonald v. University of British Columbia* (2004), 26 B.C.L.R. (4th) 190, 2004 BCSC 412. By the same token, however, a losing party that raises a serious legal issue of public importance will not necessarily bear the other party’s costs: see, e.g., *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4, at para. 69; *Valhalla Wilderness Society v. British Columbia (Ministry of Forests)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d)

moyen puissant d’assurer le fonctionnement équitable et efficace du système de justice. L’attribution de dépens est souvent liée à des objectifs d’intérêt général, comme ceux visant à décourager — et, partant, à punir — l’inconduite de la part d’un plaideur : voir M. M. Orkin, *The Law of Costs* (2^e éd. (feuilles mobiles)), vol. I, § 205.2(2). Néanmoins, la règle générale fondée sur les principes d’indemnisation, selon laquelle les dépens suivent l’issue de la cause, n’a pas été abrogée. Cela indique que les justifications d’intérêt général et en matière d’indemnisation peuvent coexister en tant que principes sous-jacents d’une attribution convenable de dépens, même si [TRADUCTION] « [I]e principe voulant que la partie qui obtient gain de cause ait droit à ses dépens existe depuis longtemps et ne devrait faire l’objet d’une dérogation que pour de très bonnes raisons » (Orkin, p. 2-39). Le droit de la Colombie-Britannique a repris ce cadre en adoptant comme solution par défaut la règle selon laquelle « les dépens suivent l’issue de la cause », tout en permettant aux juges d’exercer leur pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance différente : voir par. 57(9) des *Rules of Court* de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, B.C. Reg. 221/90.

L’arrêt *Okanagan* n’a pas établi que le principe d’accès à la justice constitue désormais la considération primordiale en matière d’attribution de dépens. Les préoccupations concernant l’accès à la justice doivent être examinées et soupesées en fonction d’autres facteurs importants. Le fait de saisir les tribunaux d’une question d’importance pour le public ne signifie pas que le plaideur a automatiquement droit à un traitement préférentiel en matière de dépens : *Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263, 2003 CSC 69; *Office and Professional Employees’ International Union, Local 378 c. British Columbia (Hydro and Power Authority)*, [2005] B.C.J. No. 9 (QL), 2005 BCSC 8; *MacDonald c. University of British Columbia* (2004), 26 B.C.L.R. (4th) 190, 2004 BCSC 412. Du même coup, cependant, la partie déboutée qui soulève une question de droit sérieuse et importante pour le public ne doit pas toujours supporter les dépens de l’autre partie : voir, par exemple, *Canadian Foundation for Children,*

120 (B.C.S.C.). Each case must be considered on its merits, and the consequences of an award for each party must be weighed seriously: see *Sierra Club of Western Canada v. British Columbia (Chief Forester)* (1994), 117 D.L.R. (4th) 395 (B.C.S.C.), at pp. 406-7, aff'd (1995), 126 D.L.R. (4th) 437 (B.C.C.A.).

Youth and the Law c. Canada (Procureur général), [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4, par. 69; *Valhalla Wilderness Society c. British Columbia (Ministry of Forests)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 120 (C.S.C.-B.). Chaque cas est un cas d'espèce où il faut soupeser sérieusement les conséquences d'une attribution de dépens pour chacune des parties : voir *Sierra Club of Western Canada c. British Columbia (Chief Forester)* (1994), 117 D.L.R. (4th) 395 (C.S.C.-B.), p. 406-407, conf. par (1995), 126 D.L.R. (4th) 437 (C.A.C.-B.).

36

Okanagan was a step forward in the jurisprudence on advance costs — restricted until then to family, corporate and trust matters — as it made it possible, in a public law case, to secure an advance costs order in special circumstances related to the public importance of the issues of the case (*Okanagan*, at para. 38). In other words, though now permissible, public interest advance costs orders are to remain special and, as a result, exceptional. These orders must be granted with caution, as a last resort, in circumstances where the need for them is clearly established. The foregoing principles could not yield any other result. If litigants raising public interest issues will not always avoid adverse costs awards at the conclusion of their trials, it can only be rarer still that they could benefit from advance costs awards. An application for advance costs may be entertained only if a litigant establishes that it is impossible to proceed with the trial and await its conclusion, and if the court is in a position to allocate the financial burden of the litigation fairly between the parties.

L'arrêt *Okanagan* a fait évoluer la jurisprudence relative aux provisions pour frais — jusqu'alors limitée aux affaires concernant la famille, les sociétés et les fiducies — puisqu'il a permis, dans une affaire de droit public, d'obtenir une ordonnance accordant une provision pour frais dans des circonstances particulières tenant à l'importance des questions en jeu pour le public (*Okanagan*, par. 38). En d'autres termes, bien qu'elles soient maintenant permises, les ordonnances accordant une provision pour frais pour des raisons d'intérêt public doivent demeurer spéciales et, de ce fait, exceptionnelles. Elles doivent être rendues avec circonspection, en dernier recours et dans des circonstances où leur nécessité est clairement établie. Les principes qui précèdent ne sauraient donner lieu à un résultat différent. Les plaideurs qui soulèvent des questions d'intérêt public n'échappent pas toujours à une attribution de dépens défavorable à l'issue de leur procès, mais il est encore plus rare qu'ils puissent bénéficier d'une provision pour frais. Une demande de provision pour frais ne peut être accordée que si le plaideur établit l'impossibilité d'ester en justice et d'attendre l'issue du procès, et si le tribunal est en mesure de répartir équitablement entre les parties le fardeau financier de l'instance.

37

The nature of the *Okanagan* approach should be apparent from the analysis it prescribes for advance costs in public interest cases. A litigant must convince the court that three absolute requirements are met (at para. 40):

La nature de la démarche suivie dans l'arrêt *Okanagan* devrait se dégager de l'analyse qu'il prescrit relativement à la provision pour frais dans les affaires d'intérêt public. Le plaideur doit convaincre le tribunal que trois conditions absolues sont remplies (par. 40) :

1. The party seeking interim costs genuinely cannot afford to pay for the litigation, and no other

1. La partie qui demande une provision pour frais n'a véritablement pas les moyens de payer les frais

realistic option exists for bringing the issues to trial — in short, the litigation would be unable to proceed if the order were not made.

2. The claim to be adjudicated is *prima facie* meritorious; that is, the claim is at least of sufficient merit that it is contrary to the interests of justice for the opportunity to pursue the case to be forfeited just because the litigant lacks financial means.
3. The issues raised transcend the individual interests of the particular litigant, are of public importance, and have not been resolved in previous cases.

In analysing these requirements, the court must decide, with a view to all the circumstances, whether the case is sufficiently special that it would be contrary to the interests of justice to deny the advance costs application, or whether it should consider other methods to facilitate the hearing of the case. The discretion enjoyed by the court affords it an opportunity to consider all relevant factors that arise on the facts.

It is only a “rare and exceptional” case that is special enough to warrant an advance costs award: *Okanagan*, at para. 1. The standard was indeed intended to be a high one, and although no rigid test can be applied systematically to determine whether a case is “special enough”, some observations can be made. As Thackray J.A. pointed out, it was in failing to verify whether the circumstances of this case were “exceptional” enough that the trial judge committed an error in law.

First, the injustice that would arise if the application is not granted must relate both to the individual applicant and to the public at large. This means that a litigant whose case, however compelling it may be, is of interest only to the litigant will be denied an advance costs award. It does not mean, however, that every case of interest to the public will satisfy the test. The justice system must not become a proxy for the public inquiry process, swamped with actions launched by test plaintiffs

occasionnés par le litige et ne dispose réalistement d’aucune autre source de financement lui permettant de soumettre les questions en cause au tribunal — bref, elle serait incapable d’agir en justice sans l’ordonnance.

2. La demande vaut *prima facie* d’être instruite, c’est-à-dire qu’elle paraît au moins suffisamment valable et, de ce fait, il serait contraire aux intérêts de la justice que le plaideur renonce à agir en justice parce qu’il n’en a pas les moyens financiers.
3. Les questions soulevées dépassent le cadre des intérêts du plaideur, revêtent une importance pour le public et n’ont pas encore été tranchées.

En analysant ces conditions, le tribunal doit décider, eu égard à toutes les circonstances, si l’affaire est si particulière qu’il serait contraire aux intérêts de la justice de rejeter la demande de provision pour frais, ou s’il devrait envisager d’autres moyens de faciliter l’audition de l’affaire. Le pouvoir discrétionnaire du tribunal lui permet de tenir compte de tous les facteurs pertinents qui émanent des faits.

Seule une affaire « rar[e] et exceptionnell[e] », qui est suffisamment particulière, peut justifier l’attribution d’une provision pour frais (*Okanagan*, par. 1). Cette norme se voulait sûrement élevée et, bien qu’aucun critère rigide ne puisse être appliqué systématiquement pour décider si une affaire est « suffisamment particulière », il est possible de formuler certaines observations. Comme l’a souligné le juge Thackray, c’est en omettant de vérifier si les circonstances de la présente affaire étaient suffisamment « exceptionnelles » que la juge de première instance a commis une erreur de droit.

Premièrement, l’injustice qui découlerait du rejet de la demande doit concerner à la fois le demandeur personnellement et le public en général. Cela signifie que le plaideur dont l’affaire, aussi impérieuse qu’elle puisse être, n’intéresse que lui se verra refuser la provision pour frais. Toutefois, cela ne signifie pas que toute affaire d’intérêt public satisfera à ce critère. Le système de justice ne doit pas tenir lieu de processus d’enquête publique et être inondé d’actions intentées par des demandeurs et des groupes

and public interest groups. As compelling as access to justice concerns may be, they cannot justify this Court unilaterally authorizing a revolution in how litigation is conceived and conducted.

40

Second, the advance costs award must be an exceptional measure; it must be in the interests of justice that it be awarded. Therefore, the applicant must explore all other possible funding options. These include, but are not limited to, public funding options like legal aid and other programs designed to assist various groups in taking legal action. An advance costs award is neither a substitute for, nor a supplement to, these programs. An applicant must also be able to demonstrate that an attempt, albeit unsuccessful, has been made to obtain private funding through fundraising campaigns, loan applications, contingency fee agreements and any other available options. If the applicant cannot afford all costs of the litigation, but is not impecunious, the applicant must commit to making a contribution to the litigation. Finally, different kinds of costs mechanisms, like adverse costs immunity, should also be considered. In doing so, courts must be careful not to assume that a creative costs award is merited in every case; such an award is an exceptional one, to be granted in special circumstances. Courts should remain mindful of all options when they are called upon to craft appropriate orders in such circumstances. Also, they should not assume that the litigants who qualify for these awards must benefit from them absolutely. In the United Kingdom, where costs immunity (or “protective orders”) can be ordered in specified circumstances, the order may be given with the caveat that the successful applicant cannot collect anything more than modest costs from the other party at the end of the trial: see *R. (Corner House Research) v. Secretary of State for Trade and Industry*, [2005] 1 W.L.R. 2600, [2005] EWCA Civ 192, at para. 76. We agree with this nuanced approach.

de défense de l'intérêt public qui souhaitent établir un précédent. Aussi impérieuses qu'elles puissent être, les préoccupations concernant l'accès à la justice ne sauraient justifier notre Cour d'autoriser unilatéralement une révolution dans la planification et le déroulement d'une action en justice.

Deuxièmement, il importe que la provision pour frais demeure une mesure exceptionnelle; il doit être conforme aux intérêts de la justice de l'accorder. Par conséquent, le demandeur doit étudier toutes les autres possibilités de financement, ce qui inclut, sans y être limité, les sources de financement public telles que l'aide juridique et les autres programmes destinés à aider divers groupes à ester en justice. Une provision pour frais ne représente ni un substitut ni un complément de ces programmes. Le demandeur doit également pouvoir démontrer qu'il a tenté, mais en vain, d'obtenir du financement privé au moyen d'une levée de fonds, d'une demande de prêt, d'une convention d'honoraires conditionnels et de toute autre source disponible. Le demandeur qui n'a pas les moyens de payer tous les frais du litige, mais qui n'est pas dépourvu de ressources, doit s'engager à fournir une contribution. Enfin, il y a également lieu d'envisager divers types de mécanismes en matière de dépens, telle l'exemption de dépens en faveur de la partie adverse. Ce faisant, les tribunaux doivent se garder de présumer que l'exercice de créativité dans l'attribution de dépens se justifie toujours; cette mesure reste exceptionnelle et doit être prise dans des circonstances particulières. Les tribunaux devraient garder à l'esprit toutes les possibilités lorsqu'ils sont appelés à concevoir les ordonnances appropriées dans ces circonstances. Ils ne devraient pas non plus présumer que les plaideurs qui remplissent les conditions requises pour se voir attribuer ces sommes doivent absolument en bénéficier. Au Royaume-Uni, où il est possible d'accorder une exemption de dépens (ou des « ordonnances préventives ») dans des circonstances précises, l'ordonnance peut être assortie de la condition que la partie qui l'obtient ne pourra obtenir de l'adversaire que des dépens modestes à l'issue du procès : voir *R. (Corner House Research) c. Secretary of State for Trade and Industry*, [2005] 1 W.L.R. 2600, [2005] EWCA Civ 192, par. 76. Nous souscrivons à cette interprétation nuancée.

Third, no injustice can arise if the matter at issue could be settled, or the public interest could be satisfied, without an advance costs award. Again, we must stress that advance costs orders are appropriate only as a last resort. In *Okanagan*, the bands tried, before seeking an advance costs order, to resolve their disputes by avoiding a trial altogether. Likewise, courts should consider whether other litigation is pending and may be conducted for the same purpose, without requiring an interim order of costs. Courts should also be mindful to avoid using these orders in such a way that they encourage purely artificial litigation contrary to the public interest.

Finally, the granting of an advance costs order does not mean that the litigant has free rein. On the contrary, when the public purse — or another private party — takes on the burden of an advance costs award, the litigant must relinquish some manner of control over how the litigation proceeds. The litigant cannot spend the opposing party's money without scrutiny. The benefit of such funding does not imply that a party can, at will, multiply hours of preparation, add expert witnesses, engage in every available proceeding, or lodge every conceivable argument. A definite structure must be imposed or approved by the court itself, as it alone bears the responsibility for ensuring that the award is workable.

For example, the court should set limits on the chargeable rates and hours of legal work, closely monitor the parties' adherence to its dictates, and cap the advance costs award at an appropriate global amount. It should also be sensitive to the reality that work often expands to fit the available resources and that the "maximum" amounts contemplated by a court will almost certainly be reached. As well, the possibility of setting the advance costs award off against damages actually collected at the end of the trial should be contemplated. In determining the quantum of the award, the court should remain aware that the purpose of

Troisièmement, aucune injustice ne sera créée s'il est possible de régler l'affaire en cause ou de tenir compte de l'intérêt public sans accorder une provision pour frais. Là encore, nous devons souligner que les ordonnances de provision pour frais ne sont indiquées qu'en dernier recours. Dans l'affaire *Okanagan*, les bandes avaient tenté, avant de solliciter une provision pour frais, de résoudre leurs différends en évitant purement et simplement la tenue d'un procès. De même, les tribunaux devraient vérifier si une autre affaire visant les mêmes fins est en instance et peut se dérouler sans qu'il soit nécessaire de rendre une ordonnance accordant une provision pour frais. Ils devraient aussi se garder de recourir à ces ordonnances de manière à encourager les litiges purement artificiels qui sont contraires à l'intérêt public.

Enfin, l'attribution d'une provision pour frais ne donne pas pour autant carte blanche au plaideur. Au contraire, lorsque le trésor public — ou une autre partie privée — supporte une provision pour frais, le plaideur doit renoncer à exercer un certain contrôle sur la façon dont se déroule l'instance. Il ne peut dépenser l'argent de la partie adverse de manière incontrôlée. Ce type de financement ne signifie pas que la partie qui en bénéficie peut, à son gré, multiplier les heures de préparation, ajouter des témoins experts, recourir à toute procédure disponible ou avancer n'importe quel argument imaginable. Le tribunal lui-même doit prescrire ou approuver une structure précise, puisqu'il assume la responsabilité de vérifier le caractère réaliste du montant accordé.

Par exemple, le tribunal devrait limiter les tarifs et les heures de travail juridique pouvant être facturés, surveiller de près le respect de ses prescriptions par les parties et plafonner la provision pour frais à un montant global convenable. Il devrait également tenir compte du fait que la somme de travail s'ajuste souvent aux ressources disponibles et qu'il est presque certain que le montant « maximal » prévu par le tribunal sera atteint. De même, il devrait envisager la possibilité de déduire le montant de la provision pour frais des dommages-intérêts obtenus à l'issue du procès. Lorsqu'il détermine le montant de la provision pour frais, le tribunal ne doit pas

these orders is to restore some balance between litigants, not to create perfect equality between the parties. Legislated schemes like legal aid and other programs designed to assist various groups in taking legal action do not purport to create equality among litigants, and there is no justification for advance costs awards placing successful applicants in a more favourable position. An advance costs award is meant to provide a basic level of assistance necessary for the case to proceed.

44 A court awarding advance costs must be guided by the condition of necessity. For parties with unequal financial resources to face each other in court is a regular occurrence. People with limited means all too often find themselves discouraged from pursuing litigation because of the cost involved. Problems like this are troubling, but they do not normally trigger advance costs awards. We do not mean to minimize their unfairness. On the contrary, we believe they are sufficiently serious that this Court cannot purport to solve them all through the mechanism of advance costs awards. Courts should not seek on their own to bring an alternative and extensive legal aid system into being. That would amount to imprudent and inappropriate judicial overreach.

4.2 *Applying the Rule in Okanagan to the Facts of This Appeal*

45 The appellant has asked this Court to award it advance costs with respect to two separate issues it raises in its litigation against Customs. The Four Books Appeal concerns Customs' prohibition of four books imported by the appellant for sale in its store. The Systemic Review, on the other hand, involves a broad investigation of Customs' practices relating to obscenity prohibitions.

46 We will first consider the merit of these claims, and will then discuss their public importance. We

oublier que ces ordonnances visent à rétablir un certain équilibre entre les parties et non à créer une égalité parfaite entre elles. Les mécanismes établis par voie législative comme l'aide juridique et les autres programmes destinés à aider divers groupes à ester en justice ne sont d'ailleurs pas de nature à mettre les parties sur un pied d'égalité, et rien ne justifie que l'attribution d'une provision pour frais place la partie qui l'obtient dans une situation plus favorable. La provision pour frais vise à fournir l'aide minimale nécessaire pour que l'affaire suive son cours.

L'état de nécessité doit guider le tribunal qui accorde une provision pour frais. Il arrive régulièrement que des parties ne disposant pas des mêmes ressources financières s'affrontent devant un tribunal. Des personnes aux moyens limités se voient trop souvent dissuadées de poursuivre l'instance en raison des coûts qui s'y rattachent. De tels problèmes sont préoccupants, mais ils ne donnent pas normalement lieu à l'attribution d'une provision pour frais. Nous ne voulons pas minimiser l'iniquité qu'ils créent. Au contraire, nous croyons que ces problèmes sont trop graves pour que notre Cour puisse prétendre les résoudre tous au moyen de la provision pour frais. Les tribunaux ne devraient pas chercher, de leur propre initiative, à mettre sur pied un autre système complet d'aide juridique. Cela constituerait un exemple d'activisme judiciaire imprudent et malencontreux.

4.2 *Application de la règle de l'arrêt Okanagan aux faits du présent pourvoi*

L'appelante a demandé à notre Cour de lui accorder une provision pour frais relativement à deux questions distinctes qu'elle soulève dans son action contre les Douanes. L'appel concernant les quatre livres porte sur l'interdiction des Douanes visant les quatre livres que l'appelante a importés pour les vendre dans son magasin. Par contre, la révision systémique met en cause une vaste enquête menée sur les pratiques des Douanes en matière d'interdiction pour cause d'obscénité.

Nous examinerons d'abord le bien-fondé de ces demandes et nous analyserons ensuite l'importance

want to emphasize that the impecuniosity requirement, though listed first in *Okanagan*, cannot be used to give impecunious litigants a *prima facie* right to advance costs, as some interveners before this Court have suggested. Accordingly, we will consider it last. The question of impecuniosity will not even arise where a case is not otherwise special enough to merit this exceptional award.

4.2.1 Standard of Review

A trial judge enjoys considerable discretion in fashioning a costs award. This discretion has two corollaries.

First, a plethora of options are available to a judge when rendering a decision on costs. While the general rule is that costs follow the cause, as we have seen, this need not always be the case.

Second, a judge's decision on costs will generally be insulated from appellate review. In the past, this Court has established that costs awards should not be interfered with lightly: see *Odhavji Estate*, at para. 77. But this does not mean that no decision on costs should ever be interfered with. For instance, in *Okanagan*, advance costs were granted on appeal after having been denied by the trial judge. A costs award can be set aside if it is based on an error in principle or is plainly wrong: *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, [2004] 1 S.C.R. 303, 2004 SCC 9, at para. 27. In exercising their discretion regarding costs, trial judges must, especially in making an order as exceptional as one awarding advance costs, be careful to stay within recognized boundaries.

Despite the deference owed to the exercise of a discretion by a trial judge, we conclude that, in the

qu'elles revêtent pour le public. Nous tenons à souligner que, bien qu'elle constitue la première condition énumérée dans l'arrêt *Okanagan*, l'exigence du manque de ressources ne saurait servir à reconnaître aux plaideurs impécunieux un droit *prima facie* à la provision pour frais, comme l'ont laissé entendre certains intervenants devant notre Cour. Nous l'examinerons donc en dernier. La question du manque de ressources ne se pose même pas lorsque l'affaire n'est pas par ailleurs suffisamment particulière pour justifier cette mesure exceptionnelle.

4.2.1 Norme de contrôle

Le juge de première instance jouit d'un pouvoir discrétionnaire considérable en matière de dépens. Ce pouvoir discrétionnaire comporte deux corollaires.

Premièrement, un juge dispose d'une variété considérable d'options lorsqu'il se prononce sur les dépens. Bien que, comme nous l'avons vu, la règle générale veuille que les dépens suivent l'issue de la cause, ce principe ne s'applique pas toujours automatiquement.

Deuxièmement, la décision d'un juge relative aux dépens échappe généralement à l'examen en appel. Dans le passé, notre Cour a établi que les attributions de dépens ne doivent pas être modifiées à la légère : voir l'arrêt *Succession Odhavji*, par. 77. Toutefois, cela ne signifie pas qu'une décision relative aux dépens ne doit jamais être révisée. Par exemple, dans l'arrêt *Okanagan*, la provision pour frais a été accordée en appel après avoir été refusée par le juge de première instance. L'attribution de dépens peut être annulée si elle repose sur une erreur de principe ou si elle est nettement erronée : *Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, [2004] 1 R.C.S. 303, 2004 CSC 9, par. 27. En exerçant son pouvoir discrétionnaire en matière de dépens et plus particulièrement en rendant une ordonnance aussi exceptionnelle que celle accordant une provision pour frais, le juge de première instance doit prendre soin de respecter les limites reconnues.

Malgré la déférence dont il faut faire montre à l'égard de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire

47

48

49

50

present case, Bennett J. went beyond the boundaries this Court set in *Okanagan*.

4.2.2 Prima Facie Merit and Public Importance

51 As was explained in *Okanagan*, the merit requirement involves the following consideration:

2. The claim to be adjudicated [must be] *prima facie* meritorious; that is, the claim is at least of sufficient merit that it is contrary to the interests of justice for the opportunity to pursue the case to be forfeited just because the litigant lacks financial means. [Emphasis added; para. 40.]

The explicit reference in this passage to the interests of justice suggests that the test requires something more than mere proof that one's case has sufficient merit not to be dismissed summarily. Rather, an applicant must prove that the interests of justice would not be served if a lack of resources made it necessary to abort the litigation. The very wording of the requirement confirms that the interests of justice will not be jeopardized every time a litigant is forced to withdraw from litigation for financial reasons. The reason for this is that the context in which merit is considered is conditioned by the need to show that the case is exceptional. This does not mean that the case must be shown to have exceptional merit; rather, it must be shown to have sufficient merit to satisfy the court that proceeding with it is in the interests of justice. In the case at bar, as found by Bennett J., there is obviously a serious issue justifying a decision to have the matter proceed to trial. The question is whether a claim such as the one made by the appellant is sufficient to support a finding that the requirement of special circumstances is met. It is difficult to dissociate one from the other. We think there is no need to do so and will proceed accordingly.

52 Operating a business with some dependence on imports, the appellant is right to be concerned

d'un juge de première instance, nous concluons qu'en l'espèce la juge Bennett a outrepassé les limites que notre Cour a établies dans l'arrêt *Okanagan*.

4.2.2 Le bien-fondé à première vue et l'importance pour le public

Comme la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Okanagan*, l'exigence de bien-fondé comporte l'examen de la condition suivante :

2. La demande [doit valoir] *prima facie* d'être instruite, c'est-à-dire qu'elle paraît au moins suffisamment valable et, de ce fait, il serait contraire aux intérêts de la justice que le plaideur renonce à agir en justice parce qu'il n'en a pas les moyens financiers. [Nous soulignons; par. 40.]

La mention explicite des intérêts de la justice dans cet extrait indique que cette condition exige plus que la simple preuve que l'affaire est suffisamment fondée pour ne pas être rejetée sommairement. Le demandeur doit plutôt prouver qu'il ne serait pas conforme aux intérêts de la justice qu'un manque de ressources l'oblige à mettre fin à l'affaire. Le libellé même de la condition confirme que les intérêts de la justice ne sont pas compromis dans tous les cas où un plaideur est forcé de se désister pour des raisons financières. En effet, le contexte dans lequel le bien-fondé est examiné est coloré par la nécessité d'établir le caractère exceptionnel de l'affaire. Cela signifie non pas qu'il faut démontrer que l'affaire a un bien-fondé exceptionnel, mais plutôt qu'elle est suffisamment fondée pour convaincre le tribunal qu'il est conforme aux intérêts de la justice de l'instruire. En l'espèce, comme l'a conclu la juge Bennett, il existe de toute évidence une question sérieuse justifiant une décision d'instruire l'affaire. Cette question est de savoir si une demande comme celle de l'appelante suffit pour autoriser la conclusion que l'exigence des circonstances particulières est remplie. La dissociation des deux questions demeure difficile. Nous croyons qu'il n'est pas nécessaire de les dissocier et nous poursuivrons notre analyse sur cette base.

L'appelante, dont les activités commerciales dépendent en partie d'importations, a raison de

about what it alleges to be a discriminatory attitude by Customs towards its merchandise. Yet, the Four Books Appeal is extremely limited in scope. The appellant has advanced no evidence suggesting that these four books are integral, or even important, to its operations; furthermore, as mentioned above, book sales represent only 30 to 40 percent of its operations. In this context, we find it impossible to conclude that the appellant is in the extraordinary position that would justify an award of advance costs in the Four Books Appeal.

The same can be said of the Systemic Review. What the appellant is essentially attempting to achieve with the Systemic Review is to expand the scope of the litigation in the hope of bolstering its legal rights in individual cases; as a frequent importer, it will ultimately benefit more from a general investigation now than it would if it were left to challenge each and every detention and prohibition when it happened. This is an efficient and commendable approach, and one that Bennett J. approved. However, it is not one that would bring the case within the scope of the advance costs remedy. Specifically, the Systemic Review is not necessarily based on the prohibition, detention, or even delay of any books belonging to the appellant.

We do not wish to understate the appellant's constitutional rights or the history of its relations with Customs. In fact, we agree that the appellant's history of litigation against Customs provides important context for the present dispute. From the appellant's perspective, this history represents the height of frustration with the government: the appellant already took Customs to court years ago, argued all the way to this Court that it was the victim of unconstitutional practices, and succeeded in securing an important victory that stopped just shy of providing it with the remedy it sought. The appellant says that any institutional changes made since then are insufficient, and that Customs may still be

s'inquiéter de l'attitude discriminatoire, selon elle, que les Douanes adoptent à l'égard de ses marchandises. Pourtant, l'appel concernant les quatre livres conserve une portée extrêmement limitée. L'appelante n'a présenté aucun élément de preuve indiquant que ces quatre livres font partie intégrante de ses activités ou même qu'ils sont importants pour celles-ci; de plus, comme nous l'avons vu, les ventes de livres ne représentent que 30 à 40 pour 100 de ses activités. Dans ce contexte, nous estimons qu'il est impossible de conclure que l'appelante se trouve dans la situation extraordinaire qui justifierait l'attribution d'une provision pour frais relativement à l'appel concernant les quatre livres.

On peut en dire autant de la révision systémique. Essentiellement, l'appelante recourt à la révision systémique pour tenter d'élargir la portée du litige de manière à renforcer les droits que lui reconnaît la loi dans chaque cas particulier; comme elle importe fréquemment des marchandises, une enquête générale effectuée maintenant lui sera, en fin de compte, plus profitable que si elle avait à contester chaque retenue et interdiction au moment où elles surviennent. Il s'agit d'une démarche efficace et louable que la juge Bennett a approuvée. Toutefois, ce n'est pas une démarche qui justifie, en l'espèce, l'attribution d'une réparation consistant en une provision pour frais. Plus précisément, la révision systémique n'est pas nécessairement fondée sur le fait que des livres appartenant à l'appelante sont interdits, retenus ou tardent même à lui parvenir.

Nous ne voulons pas sous-estimer les droits constitutionnels de l'appelante ni ses rapports antérieurs avec les Douanes. En fait, nous reconnaissons que les poursuites qu'elle a engagées auparavant contre les Douanes situent le présent litige dans un contexte important. Du point de vue de l'appelante, ces poursuites représentent le summum de la frustration pouvant être éprouvée envers le gouvernement : l'appelante a déjà poursuivi les Douanes en justice il y a plusieurs années, elle a prétendu jusque devant notre Cour qu'elle était victime de pratiques inconstitutionnelles et elle a réussi à remporter une importante victoire qui ne lui a cependant pas permis d'obtenir la réparation qu'elle

victimizing it in the exact same way. It wants this investigated. Why, it demands to know, must it now abandon its quest of so many years simply because it lacks the funds to do so?

55 The answer, we submit, is not as frustrating as the appellant implies. First of all, the appellant has not provided *prima facie* evidence that it continues to be targeted. On the contrary, when probed on this issue, counsel for the appellant simply suggested that Customs was cunning enough to stop its targeting once litigation had commenced. The appellant relies mainly on the fact that Customs continues to detain large quantities of imported material generally, including high proportions of gay and lesbian material; it then concludes that a significant percentage of these detentions must be improper. With respect, we cannot agree that this is *prima facie* evidence of targeting. Customs' own decisions, on which the appellant relies, to overturn a high percentage of its detentions only lend credence to Customs' argument that it has tried to scrutinize fairly those titles — like the appellant's — that remain detained. The fact that Customs continues to detain a number of titles is not, in itself, *prima facie* evidence of anything. There is no *prima facie* evidence that Customs is performing its task improperly, much less unconstitutionally.

56 Since there is insufficient *prima facie* evidence to conclude that the appellant remains the victim of unfair targeting, the Court's focus for the Systemic Review must turn to the more general question of the efficacy of Customs' changes to its practices in the wake of *Little Sisters No. 1*, and how the effect of those changes on the appellant may still be such as to make individual challenges pointless. In fact, if one accepts that the Systemic Review is merely

sollicitait. Selon l'appelante, les changements institutionnels qui auraient été apportés depuis lors sont insuffisants, et il se peut que les Douanes continuent de s'en prendre à elle exactement de la même manière. Elle sollicite une enquête à ce propos. Pourquoi, veut-elle savoir, devrait-elle abandonner maintenant la démarche qu'elle a entreprise depuis tant d'années simplement parce qu'elle manque de ressources pour la poursuivre?

À notre avis, la réponse à cette question n'est pas aussi frustrante que le laisse entendre l'appelante. D'abord, l'appelante n'a présenté aucune preuve *prima facie* qu'elle continue d'être ciblée. Au contraire, lorsqu'on l'a interrogé à ce sujet, l'avocat de l'appelante a simplement indiqué que les Douanes ont été suffisamment astucieuses pour cesser leur ciblage dès qu'une action était intentée. L'appelante invoque principalement le fait que les Douanes continuent généralement de retenir une grande quantité de matériel importé, dont une grande part de matériel gai et lesbien; elle en déduit qu'il doit survenir un fort pourcentage de retenues irrégulières. En toute déférence, nous ne pouvons pas accepter que cela constitue une preuve *prima facie* de ciblage. Les décisions — invoquées par l'appelante — que les Douanes ont elles-mêmes prises d'annuler un pourcentage élevé de leurs retenues ne font que renforcer l'argument des Douanes selon lequel elles ont tenté d'examiner de manière équitable les titres, comme ceux de l'appelante, qui sont encore retenus. Le fait que les Douanes continuent de retenir un certain nombre de titres ne constitue pas en soi une preuve *prima facie* de quoi que ce soit. Il n'existe aucune preuve *prima facie* que les Douanes s'acquittent de leur tâche de manière irrégulière et encore moins de manière inconstitutionnelle.

En l'absence d'une preuve *prima facie* suffisante pour conclure que l'appelante continue d'être injustement ciblée, l'examen de la Cour relatif à la révision systémique doit être axé sur la question plus générale de l'efficacité des changements que les Douanes ont apportés à leurs pratiques à la suite de l'arrêt *Little Sisters n^o 1*, et sur celle de savoir comment ces changements rendraient inutiles les contestations individuelles en raison de l'incidence

about the speed with which Customs reacted to *Little Sisters No. 1* in the past, it must be concluded that the appellant is at present enjoying the very outcome it sought in that first series of court battles. Customs' changes cannot be determined to be insufficient on the basis of the number of decisions that have been unfavourable to the appellant.

The appellant is wrong to suggest that the history of its relations with Customs justifies its advance costs application. Binnie J.'s anticipation, at the conclusion of his majority reasons in *Little Sisters No. 1*, of subsequent litigation between the parties did not give the appellant the right to proceed by drawing on the public purse or even suggest that this was a possibility. Nor can this history be used to establish that an injustice will result if insufficient funds preclude the appellant from arguing the Systemic Review. In making the comment in question, Binnie J. merely recognized that the appellant, like any other importer, could rely on this Court's decision should any further disputes with Customs arise. What is more, his comments were clearly premised on the expectation that Customs would change — and was already changing — its practices to accord with the Court's ruling. None of the evidence that has been presented has convinced us that this premise should now be rejected.

But even if the appellant had provided more convincing evidence on this point, and even if the Systemic Review had been framed with more pressing concerns in mind, we still believe that the requirement of exceptional circumstances has not been met. The reason for this is that the battle the appellant seeks to fight through the Systemic Review is, strictly speaking, unnecessary. It is the Four Books Appeal that lies at the heart of the appellant's claim against Customs; the Systemic Review is simply an attempt by the appellant to investigate Customs' practices independently of this context.

qu'ils auraient encore sur l'appelante. En réalité, si l'on accepte que la révision systémique ne concerne que la célérité avec laquelle les Douanes ont réagi à l'arrêt *Little Sisters n° 1* dans le passé, il faut conclure que l'appelante bénéficie actuellement du résultat même qu'elle sollicitait lors de la première série de batailles judiciaires. Les changements apportés par les Douanes ne peuvent pas être qualifiés d'insuffisants en raison du nombre de décisions défavorables à l'appelante.

L'appelante a tort de laisser entendre que ses rapports antérieurs avec les Douanes justifient sa demande de provision pour frais. Le fait que le juge Binnie ait prévu, à la fin de ses motifs majoritaires dans l'arrêt *Little Sisters n° 1*, que les parties pourraient recourir de nouveau aux tribunaux ne donne pas à l'appelante le droit de faire appel aux deniers publics et n'indique même pas qu'il s'agissait là d'une possibilité. Ces rapports antérieurs ne peuvent pas non plus être invoqués pour établir qu'une injustice résultera si l'appelante ne peut pas débattre la question de la révision systémique parce qu'elle dispose de fonds insuffisants. En formulant les commentaires en question, le juge Binnie a simplement reconnu que l'appelante, comme tout autre importateur, pourrait se fonder sur l'arrêt de notre Cour si d'autres différends avec les Douanes survenaient. Qui plus est, ses commentaires étaient clairement fondés sur le fait qu'il s'attendait à ce que les Douanes modifient — ce qu'elles avaient déjà entrepris de faire — leurs pratiques de manière à les rendre conformes à la décision de la Cour. Aucun des éléments de preuve présentés ne nous a convaincus qu'il faille écarter cette prémisse.

Cependant, même si l'appelante avait fourni une preuve plus convaincante à cet égard, et même si la révision systémique avait pu être formulée en fonction de préoccupations plus urgentes, nous continuerions de croire que l'exigence des circonstances exceptionnelles n'est pas remplie. Cette conclusion s'infère du fait que la bataille que l'appelante veut livrer au moyen de la révision systémique est, à proprement parler, inutile. C'est l'appel concernant les quatre livres qui se situe au cœur de l'action que l'appelante a intentée contre les Douanes; la révision systémique ne représente qu'une simple

This observation is underscored by the fact that the appellant initially did not even intend to pursue the Systemic Review, but changed its strategy once it began to believe that systemic problems remained after *Little Sisters No. 1*. Simply put, the appellant's direct interest in this litigation disappears if its books are released — something that it seeks to achieve uniquely through the Four Books Appeal.

59

The nature of the injustice at stake in the case at bar can be contrasted with the one that was at stake in *Okanagan*. In that case, the bands, having been thrust into a situation requiring litigation, could not afford to pay for the litigation themselves, but could not afford the costs of forfeiting it either. The appellant in the instant case, on the other hand, has taken the Systemic Review upon itself even though it characterizes the fight as one that “makes no business sense”.

60

The requirement that the issues raised transcend the litigant's individual interests and that it be profoundly important that they be resolved in the interests of justice (*Okanagan*, at para. 46) can be disposed of with little difficulty where the Four Books Appeal is concerned. Because the appellant has chosen to investigate Customs' general operations under the Systemic Review, it is clear that the Four Books Appeal concerns no interest beyond that of the appellant itself and, as a consequence, is not special enough to justify an award of advance costs. This is especially so given that all the legal issues the appellant has canvassed in that appeal were already considered, and ruled upon, by this Court in *Little Sisters No. 1*. As the appellant itself observes at para. 10 of its factum, Binnie J. left the door open to further actions by the appellant with the words, “[t]hese findings should provide the appellants with a solid platform from which to launch any further action in the Supreme Court of British Columbia should they consider that further action is necessary” (*Little Sisters No. 1*, at para.

tentative de l'appelante d'enquêter sur les pratiques des Douanes indépendamment du présent contexte. Cette conclusion est d'ailleurs confrontée au fait qu'au départ l'appelante n'avait même pas l'intention de tenter d'obtenir la révision systémique, mais qu'elle s'est ravisée lorsqu'elle a commencé à croire que des problèmes systémiques persistaient après l'arrêt *Little Sisters n^o 1*. Bref, l'appelante n'aura plus d'intérêt direct dans la présente instance si ses livres sont dédouanés — ce qu'elle cherche à obtenir uniquement au moyen de l'appel concernant les quatre livres.

Il convient de comparer la nature de l'injustice en cause en l'espèce avec celle dont il était question dans l'affaire *Okanagan*. Dans cette affaire, les bandes qui avaient été placées dans une situation requérant la tenue d'un procès n'avaient pas les moyens de payer elles-mêmes les frais occasionnés par le procès et ne pouvaient pas non plus se permettre de renoncer à ester en justice. Par contre, en l'espèce, l'appelante a pris l'initiative de la révision systémique bien qu'elle qualifie la bataille [TRADUCTION] « d'illogique sur le plan commercial ».

Dans le cas de l'appel concernant les quatre livres, il est possible de déterminer sans trop de difficulté si on satisfait à l'exigence que les questions soulevées dépassent le cadre des intérêts du plaigneur et qu'il soit profondément important qu'elles soient réglées d'une manière conforme aux intérêts de la justice (*Okanagan*, par. 46). Comme l'appelante a choisi d'enquêter sur les activités générales des Douanes dans le cadre de la révision systémique, il est clair que l'appel concernant les quatre livres ne vise aucun autre intérêt que celui de l'appelante elle-même et qu'il n'est donc pas suffisamment particulier pour justifier l'attribution d'une provision pour frais. Un tel constat est d'autant plus exact du fait que les questions juridiques que l'appelante a débattues dans le cadre de cet appel ont déjà été examinées et tranchées par notre Cour dans l'arrêt *Little Sisters n^o 1*. L'appelante elle-même fait remarquer, au par. 10 de son mémoire, que le juge Binnie a laissé le champ libre à d'autres recours de l'appelante lorsqu'il a précisé que « [c]es constatations devraient fournir aux appelants des assises

158). At most, the Four Books Appeal deals with the application of *Little Sisters No. 1* to a specific set of facts.

Bennett J. held that the public importance of the constitutional issues underlying the appellant's claim and the broad impact of Customs' procedures sufficed to satisfy the public importance criterion. As mentioned above, she failed to address the special circumstances criterion. Yet, the Four Books Appeal does not address the issue of whether Customs is, in general, correctly applying the legal test for obscenity (para. 43). It is limited to the question of whether Customs reached the right result in prohibiting four specific titles. While evidence about Customs' general practices may arise incidentally in the course of the Four Books Appeal, and while some of those concerns may have been addressed in the course of the discovery of one witness for Customs, the broader issues raised by the appellant are being considered separately, as part of the Systemic Review. The appellant has defined the Four Books Appeal in a narrow, fact-specific manner such that this appeal cannot meet the requirements for public importance set out above that would have brought it within the category of special cases discussed by the Court in *Okanagan*.

Following the same reasoning, the Systemic Review offers greater promise on the public importance prong, however. To the extent that the narrowness of the Four Books Appeal discounts any potential for public importance, the breadth of the Systemic Review should satisfy this prong of the test. Because the review was framed so expansively, the appellant argues that a court's decision on this point will be of great interest both to importers and to Canada's lesbian, gay, bisexual and transgendered communities.

solides, susceptibles de fonder toute autre action qu'ils estimeraient nécessaire d'intenter devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique » (*Little Sisters n° 1*, par. 158). Au mieux, l'appel concernant les quatre livres porte sur l'application de l'arrêt *Little Sisters n° 1* à un ensemble particulier de faits.

La juge Bennett a conclu que l'importance pour le public des questions constitutionnelles qui sous-tendent la demande de l'appelante et l'incidence générale des méthodes des Douanes suffisaient pour satisfaire au critère de l'importance pour le public. Comme nous l'avons mentionné, elle n'a pas abordé le critère des circonstances particulières. L'appel concernant les quatre livres ne porte toutefois pas sur la question de savoir si, en général, les Douanes appliquent correctement le critère juridique d'obscénité (par. 43). Il est limité à la question de savoir si les Douanes sont arrivées au bon résultat en interdisant quatre titres particuliers. Même si des éléments de preuve sur les pratiques générales des Douanes peuvent surgir de manière incidente dans le cadre de l'appel concernant les quatre livres et que certaines de ces préoccupations peuvent avoir été abordées lors de l'interrogatoire préalable d'un témoin des Douanes, les questions générales soulevées par l'appelante sont examinées séparément dans le cadre de la révision systémique. L'appelante a défini l'appel concernant les quatre livres d'une manière si étroite et axée sur les faits que le présent pourvoi ne peut satisfaire à l'exigence mentionnée plus haut de l'importance pour le public qui l'aurait fait entrer dans la catégorie des cas particuliers que la Cour a analysée dans l'arrêt *Okanagan*.

Toutefois, suivant le même raisonnement, la révision systémique s'avère plus prometteuse à l'égard du volet de l'importance pour le public. Dans la mesure où le caractère étroit de l'appel concernant les quatre livres écarte toute possibilité d'importance pour le public, l'ampleur de la révision systémique devrait satisfaire à ce volet du critère. Selon l'appelante, parce que la révision a été conçue de manière si large, une décision judiciaire à cet égard présentera un grand intérêt à la fois pour les importateurs et pour les communautés lesbienne, gaie, bisexuelle et transidentifiée du Canada.

63

The appellant has sought to demonstrate the far-reaching importance of this litigation by arguing that proof that Customs has disobeyed a court order would have great ramifications. To the appellant, it seems, the integrity of Customs, if not of the entire government, is at stake in this appeal. And indeed, we would surmise that a finding that Customs had deliberately misled the court would be shocking to most Canadians. This country boasts a proud history of compliance by the executive with orders of the judiciary, and we should be loath to take it for granted. However, short of imputing bad faith to Customs, a finding that its present practices do not meet this Court's dictates would not impugn the integrity of the government at large. This would merely indicate that Customs has not met its specific obligations as defined by this Court. The appropriate remedy in such a situation could range from an award of damages to injunctive relief. But a finding such as this, even if supported by the kind of evidence this Court found lacking in *Little Sisters No. 1*, does not rise to the level of general public importance simply because it concerns a public body. If it did, the same logic would seem to imply that it is an exceptional matter every time a public actor is alleged to be acting illegally — from a Crown corporation involved in a labour dispute to an administrative agency acting beyond its jurisdiction.

64

The appellant also argues that this dispute is unique because of the constitutional rights involved, which engage the critical value of freedom of expression. It portrays itself as a champion of *Charter* values. But not all *Charter* litigation is of exceptional public importance, even if it involves allegations of infringements of freedom of expression. It is not enough to contend that the *Charter* breach, if proven, would have implications beyond the individual litigant. What must be proved is that the alleged *Charter* breach begs to be resolved in the public interest. In the context of *Okanagan*, this meant proving that there were issues that had to be

L'appelante a tenté de démontrer que la présente instance revêt une importance considérable, en soutenant que la preuve que les Douanes ne se sont pas conformées à une ordonnance judiciaire aurait des répercussions majeures. Aux yeux de l'appelante, semble-t-il, c'est l'intégrité des Douanes, voire de tout le gouvernement, qui est en jeu dans le présent pourvoi. En réalité, nous sommes d'avis de présumer qu'une conclusion selon laquelle les Douanes ont délibérément induit le tribunal en erreur consternerait la plupart des Canadiens. Notre pays s'enorgueillit d'une tradition de respect des ordonnances du pouvoir judiciaire par le pouvoir exécutif, mais nous devrions nous garder de tenir cela pour acquis. Toutefois, sans aller jusqu'à imputer de la mauvaise foi aux Douanes, conclure que leurs pratiques actuelles ne respectent pas les prescriptions de notre Cour ne compromettrait pas l'intégrité du gouvernement en général. Cela indiquerait simplement que les Douanes ne se sont pas acquittées des obligations particulières qui leur ont été prescrites par notre Cour. Dans un tel cas, la réparation convenable pourrait aller des dommages-intérêts à une injonction. Toutefois, même si elle est étayée par le type de preuve que notre Cour a jugé manquante dans l'arrêt *Little Sisters n° 1*, une telle conclusion ne revêt pas une importance générale pour le public du seul fait qu'elle vise un organisme public. Si tel était le cas, le même raisonnement semblerait indiquer qu'une affaire est exceptionnelle dans tous les cas où on allègue qu'une entité publique agit illégalement — ce qui peut aller de la société d'État qui est mêlée à un conflit de travail à l'organisme administratif qui outrepassa sa compétence.

L'appelante soutient également que le présent différend est exceptionnel du fait que les droits constitutionnels qui y sont en cause font intervenir la valeur cruciale de la liberté d'expression. Elle se décrit comme le défenseur des valeurs de la *Charte*. Toutefois, les poursuites fondées sur la *Charte* ne revêtent pas toutes une importance exceptionnelle pour le public, même dans le cas où elles comportent des allégations d'atteinte à la liberté d'expression. Il ne suffit pas de prétendre que la violation de la *Charte*, si elle est prouvée, aurait des répercussions non limitées au plaideur en question. Il faut prouver qu'il est dans l'intérêt public de déterminer

resolved one way or the other. The exceptional circumstances in that public interest case were related not so much to obtaining a certain result as to ensuring that the state's and bands' rights and obligations were defined properly — and definitively — in a context where it seemed important that the court develop a proper method for adjudicating land claims. Thus, not every case that could, once decided, be seen as being of public importance should be viewed as a special case within the meaning of *Okanagan*. Recognizing a case as special cannot be justified solely by reference to one particular desired or apprehended outcome of the litigation. It must be based on the nature of the litigation itself.

In the present appeal, the argument is that the litigation is of exceptional public importance because Customs might be shown to be acting unconstitutionally. The corollary to this statement is that the litigation would not be of exceptional public importance if Customs were shown to be acting in accordance with its constitutional duties. Thus, a valid claim that a case is of public importance would depend on the outcome of the case. But if, in a case like the one at bar, the exceptional importance criterion, as properly defined, is found to be met, there is a danger that this would amount to prejudging the case on its merits. If the appellant succeeds on the merits, one might then conclude, based on the *Charter* breach it has proved, that the case is at the appropriate level of public importance. But if the appellant does not succeed, the court endorses Customs' current system and no finding of unconstitutionality is made, nothing in this case will have implications beyond the appellant. For a court to hold, in this situation, that the exceptional public importance criterion is met could therefore imply that the court has already decided what its holding on the merits will be.

si l'allégation de violation de la *Charte* est fondée. Dans le contexte de l'affaire *Okanagan*, cela signifiait qu'il fallait prouver que certaines questions devaient être tranchées d'une manière ou de l'autre. Les circonstances exceptionnelles dans cette affaire d'intérêt public ne consistaient pas tant à obtenir un résultat déterminé qu'à assurer que les droits et obligations de l'État et des bandes soient définis correctement — et de manière définitive — dans un contexte où il paraissait important que le tribunal établisse une bonne méthode de règlement des revendications territoriales. Ainsi, les affaires qui, une fois tranchées, pouvaient être perçues comme étant d'importance pour le public ne devaient pas toutes être considérées comme étant un cas particulier au sens de l'arrêt *Okanagan*. La reconnaissance de la nature particulière d'une affaire ne saurait se justifier uniquement en fonction de l'issue souhaitée ou appréhendée du litige. Elle doit être fondée sur la nature du litige lui-même.

En l'espèce, on prétend que le litige revêt une importance exceptionnelle pour le public parce qu'il pourrait être démontré que les Douanes agissent de manière inconstitutionnelle. Le corollaire de cet argument est que le litige ne revêtirait pas une importance exceptionnelle pour le public s'il était démontré que les Douanes agissent conformément à leurs obligations constitutionnelles. La validité de l'argument voulant qu'une affaire revête de l'importance pour le public dépendrait donc de l'issue de cette affaire. Toutefois, si, dans un cas comme la présente affaire, on conclut que le critère — correctement défini — de l'importance exceptionnelle pour le public est respecté, on risque alors d'en venir à préjuger de l'affaire quant au fond. Si l'appelante a gain de cause sur le fond, on pourrait alors conclure, compte tenu de la violation de la *Charte* dont elle a prouvé l'existence, que l'affaire revêt l'importance voulue pour le public. Mais si l'appelante n'a pas gain de cause, si le tribunal entérine le système actuel des Douanes et si aucune conclusion d'inconstitutionnalité n'est tirée, l'affaire n'aura alors de répercussions que sur l'appelante. Par conséquent, si un tribunal concluait, dans ce cas, que le critère de l'importance exceptionnelle pour le public est respecté, cela pourrait signifier qu'il a déjà décidé quelle sera sa conclusion quant au fond.

66 Bennett J. was very sensitive to concerns about prejudging issues and approached her advance costs analysis with great caution. However, we respectfully believe that it was an error, in a case like this, to hold that the public importance requirement was satisfied. Where only one of the possible results on the merits could render the case publicly important, the court should not conclude that the public importance requirement is met. It is in general only when the public importance of a case can be established regardless of the ultimate holding on the merits, that a court should consider this requirement from *Okanagan* satisfied.

4.2.3 Impecuniosity

67 In a case like the present one, it is not even necessary for a court to consider the applicant's impecuniosity. The access to justice purpose of advance costs cannot be triggered absent the kind of exceptional circumstances that the Court discussed in *Okanagan*.

68 We agree that corporations are not barred from receiving advance costs awards. However, the judge should ask in every case whether the applicant has made the effort that is required to satisfy a court that all other funding options have been exhausted. In *Okanagan*, this requirement was described as follows:

1. The party seeking interim costs genuinely cannot afford to pay for the litigation, and no other realistic option exists for bringing the issues to trial — in short, the litigation would be unable to proceed if the order were not made. [para. 40]

69 In evaluating whether the impecuniosity requirement is met, a court should also consider the potential cost of the litigation. In the present appeal, the cost estimate for the trial is well over \$1 million. The Four Books Appeal alone is somewhat more affordable according to the appellant's estimate:

La juge Bennett, très soucieuse de ne pas préjuger des questions, a abordé avec beaucoup de circonspection son analyse de la provision pour frais. Toutefois, nous estimons en toute déférence qu'il était erroné, dans un cas comme la présente affaire, de conclure que l'exigence de l'importance pour le public était remplie. Dans le cas où un seul des résultats possibles quant au fond pourrait rendre l'affaire importante pour le public, le tribunal ne devrait pas conclure que l'exigence de l'importance pour le public est remplie. En général, un tribunal devrait considérer que cette exigence de l'arrêt *Okanagan* est remplie uniquement dans le cas où l'importance d'une affaire pour le public peut être établie sans égard à la décision qui sera rendue en définitive sur le fond.

4.2.3 Manque de ressources

Dans un cas comme la présente affaire, il n'est même pas nécessaire qu'un tribunal prenne en considération le manque de ressources du demandeur. L'objectif d'accès à la justice visé par la provision pour frais ne peut pas entrer en jeu en l'absence du type de circonstances exceptionnelles que la Cour a analysées dans l'arrêt *Okanagan*.

Nous convenons que les sociétés ne sont pas inadmissibles à la provision pour frais. Toutefois, le juge devrait se demander, dans chaque cas, si le demandeur a fait tout ce qui était nécessaire pour convaincre un tribunal qu'il a épuisé toutes les autres options en matière de financement. Cette exigence a été décrite ainsi dans l'arrêt *Okanagan* :

1. La partie qui demande une provision pour frais n'a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige et ne dispose réalistement d'aucune autre source de financement lui permettant de soumettre les questions en cause au tribunal — bref, elle serait incapable d'agir en justice sans l'ordonnance. [par. 40]

Pour déterminer si l'exigence du manque de ressources est remplie, un tribunal devrait aussi prendre en compte le coût potentiel du litige. En l'espèce, le coût estimatif du procès s'élève à plus d'un million de dollars. Selon l'estimation effectuée par l'appelante, à lui seul l'appel concernant

approximately \$300,000. Such cost estimates form an integral part of the evidence; the court should subject them to scrutiny, and then use them to consider whether the litigant is impecunious to the extent that an advance costs order is the only viable option.

A court should generally consider whether the applicant has tried to obtain a loan. In the criminal law context, financing litigation through credit is something that courts will look for before deciding that an accused's failure to obtain counsel merits a constitutional remedy: *R. v. Keating* (1997), 159 N.S.R. (2d) 357 (C.A.). An application for advance costs should demand no less.

The impecuniosity requirement from *Okanagan* means that it must be proven to be impossible to proceed otherwise before advance costs will be ordered. Advance costs should not be used as a smart litigation strategy; they are the last resort before an injustice results for a litigant, and for the public at large.

5. Conclusion

Once the three-part test from *Okanagan* has been met, the court must exercise its discretion to decide whether advance costs ought to be awarded or whether another type of order is justified. In exercising its discretion, the court must remain sensitive to any concerns that did not arise in its analysis of the test. Although the appellant in the case at bar has failed to meet the *Okanagan* test, we believe that this case also raises issues that should in any event have prompted Bennett J. to exercise her discretion against an advance costs award in respect of the Systemic Review even if the *Okanagan* test had been satisfied.

As we have stressed, the *Okanagan* test requires that an advance costs award be used only as a last resort in order to protect the public interest. The

les quatre livres est un peu plus abordable : environ 300 000 \$. Ces estimations de coûts font partie intégrante de la preuve; le tribunal devrait les examiner attentivement et s'en servir pour déterminer si le plaideur manque de ressources à tel point qu'une ordonnance accordant une provision pour frais est la seule option valable.

Un tribunal devrait généralement vérifier si le demandeur a tenté d'obtenir un prêt. En droit criminel, la possibilité de recourir au crédit pour financer un litige est quelque chose que les tribunaux vérifient avant de décider si l'omission d'un accusé d'obtenir l'assistance d'un avocat justifie une réparation constitutionnelle : *R. c. Keating* (1997), 159 N.S.R. (2d) 357 (C.A.). Une demande de provision pour frais ne devrait commander rien de moins.

L'exigence du manque de ressources prévue dans l'arrêt *Okanagan* signifie qu'une provision pour frais ne pourra être ordonnée que s'il s'avère impossible de procéder autrement. La provision pour frais ne saurait être utilisée comme une stratégie d'instance habile; elle constitue plutôt un dernier recours avant que soit commise une injustice pour un plaideur et pour le public en général.

5. Conclusion

Une fois respecté le critère à trois volets de l'arrêt *Okanagan*, le tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire de décider s'il convient d'accorder une provision pour frais ou de rendre un autre type d'ordonnance. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le tribunal doit demeurer attentif à toute préoccupation qui n'a pas été soulevée dans son analyse du critère. Bien qu'en l'espèce l'appelante n'ait pas satisfait au critère de l'arrêt *Okanagan*, nous croyons que l'affaire soulève également des questions qui, de toute façon, auraient dû inciter la juge Bennett à exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser la provision pour frais à l'égard de la révision systémique même si le critère de l'arrêt *Okanagan* avait été respecté.

Comme nous l'avons souligné, le critère de l'arrêt *Okanagan* exige que la provision pour frais ne soit accordée qu'en dernier recours pour protéger

70

71

72

73

test prevents an applicant from succeeding in an advance costs application where legal action is unnecessary (the merit requirement) or where private funding has not been diligently sought (the impecuniosity requirement). But there will sometimes be other options that are not contemplated by the *Okanagan* analysis.

74

Before the appellant raised the advance costs issue, Bennett J. had decided that it could proceed with three issues before the British Columbia Supreme Court: the Four Books Appeal, the Systemic Review, and the Constitutional Question. In her ruling on advance costs, Bennett J. dealt with each of these issues separately. This was a proper approach to take. However, after finding that the three steps of the *Okanagan* test had been satisfied, Bennett J. should still have addressed the question of whether there was any way to prevent the injustice she had identified other than through an advance costs award.

75

There was in fact another possibility: to consider the Four Books Appeal before hearing the Systemic Review. Resolving — or at least hearing evidence on — the Four Books Appeal offered the hope of avoiding an advance costs award for the Systemic Review. Bennett J. should therefore have considered this approach as an alternative to her award. In these circumstances, it would be premature to award advance costs for the Systemic Review. Though her subsequent decision on advance costs in respect of the Systemic Review would still need to stop short of prejudging the issues raised therein, it is possible that the evidence and argument presented in the Four Books Appeal would be helpful in scrutinizing the Systemic Review for merit and exceptional public importance — and perhaps for determining whether it was even necessary.

76

On the other hand, we recognize that the possible advantages of pursuing the Four Books Appeal

l'intérêt public. Il empêche la partie qui demande la provision pour frais de l'obtenir lorsqu'une action en justice est inutile (l'exigence de bien-fondé) ou qu'un financement privé n'a pas été sollicité assidûment (l'exigence du manque de ressources). Cependant, des possibilités non envisagées dans l'analyse effectuée dans l'arrêt *Okanagan* sont susceptibles de se présenter.

Avant que l'appelante soulève la question de la provision pour frais, la juge Bennett avait décidé qu'elle pouvait soumettre trois questions à la Cour suprême de la Colombie-Britannique : l'appel concernant les quatre livres, la révision systémique et la question constitutionnelle. Dans sa décision relative à la provision pour frais, la juge Bennett a examiné chacune de ces questions séparément. C'était une bonne façon de procéder. Toutefois, après avoir conclu que les trois volets du critère de l'arrêt *Okanagan* avaient été respectés, la juge Bennett aurait tout de même dû se demander s'il y avait un autre moyen que la provision pour frais d'empêcher l'injustice qu'elle avait relevée.

En fait, une autre option existait : examiner l'appel concernant les quatre livres avant de passer à la révision systémique. En tranchant l'appel concernant les quatre livres — ou à tout le moins en entendant la preuve s'y rapportant — on pourrait espérer éviter l'attribution d'une provision pour frais à l'égard de la révision systémique. La juge Bennett aurait donc dû considérer cette démarche comme une solution de rechange à la provision pour frais qu'elle a consentie. Dans ces circonstances, il serait prématuré d'accorder une provision pour frais à l'égard de la révision systémique. Même si, dans sa décision ultérieure sur la provision pour frais relative à la révision systémique, elle devrait se garder de préjuger des questions qui y sont soulevées, la preuve et l'argumentation présentées dans le cadre de l'appel concernant les quatre livres pourraient se révéler utiles pour examiner le bien-fondé et l'importance exceptionnelle pour le public de la révision systémique — voire même pour statuer sur leur nécessité.

Par ailleurs, nous reconnaissons que procéder en premier lieu à l'audition de l'appel concernant

first could be outweighed by the disadvantages of doing so. When issues are segregated, the potential for inefficiency abounds. Witnesses examined on the first issue may need to be recalled to address the second. Redundant expert reports may be sought. The length of the trial itself may grow exponentially. If it were eventually determined that advance costs in respect of the Systemic Review were warranted, these additional costs would be borne by the public purse; this result should definitely be avoided.

To proceed in this way is consistent with the principle stated above that an applicant must be willing to relinquish some control over the litigation to benefit from an advance costs award. Since a litigant who has been awarded advance costs is proceeding with the aid of funds received from another party, the litigant must accept certain limitations. These may be strictly financial — e.g., caps on spending — but they may also go more directly to the litigant's litigation strategy. For instance, spending limits will mean that litigants proceeding with the aid of advance costs awards may be limited in their choice and in the number of counsel and experts. Also, the court awarding advance costs must consider whether the litigant's chosen method of proceeding at trial is compatible with the notion of advance costs being a last resort and may thus need to establish a framework for the conduct of the planned litigation. In the present appeal, while the appellant understandably wants to resolve the issues in the Systemic Review as quickly as possible, it may be preferable to proceed first with the Four Books Appeal before deciding the issues arising out of the Systemic Review. In response to an argument of this sort, an applicant must be able to prove either that modifying its litigation strategy would not be more efficient and would not lead to demonstrable savings, or that retaining its original litigation strategy is necessary to ensure that justice is done.

les quatre livres comporte des inconvénients susceptibles de l'emporter sur les avantages qu'il peut y avoir de le faire. Si les questions sont traitées séparément, les risques d'inefficacité demeurent nombreux. Les témoins interrogés relativement à la première question peuvent devoir être appelés de nouveau à déposer relativement à la deuxième question. Des rapports d'expertise redondants peuvent être sollicités. Le procès risque de se prolonger de façon exponentielle. Si on décidait, en fin de compte, qu'une provision pour frais était justifiée à l'égard de la révision systémique, ces frais supplémentaires seraient supportés par le trésor public; ce résultat doit assurément être évité.

Cette façon de procéder est conforme au principe énoncé précédemment, à savoir qu'un demandeur doit être disposé à renoncer à exercer un certain contrôle sur le déroulement de l'instance pour bénéficier d'une provision pour frais. Le plaideur qui a obtenu une provision pour frais doit consentir à certaines limites étant donné qu'il utilise alors les fonds reçus d'une autre partie. Ces limites peuvent être strictement financières — par exemple, plafonds en matière de dépenses — mais elles peuvent aussi toucher plus directement la stratégie d'instance du plaideur. Par exemple, le plafonnement des dépenses signifie que le plaideur bénéficiant d'une provision pour frais peut disposer d'une moins grande latitude quant au choix d'un avocat et d'experts, et quant à leur nombre. De même, le tribunal qui accorde une provision pour frais doit se demander si la façon dont le plaideur a choisi d'ester en justice est compatible avec le concept de l'attribution de la provision pour frais en dernier recours, et il peut ainsi devoir établir un cadre régissant le déroulement de l'instance projetée. En l'espèce, bien que l'appelante veuille naturellement résoudre le plus rapidement possible les questions soulevées dans la révision systémique, il peut se révéler préférable d'instruire préalablement l'appel concernant les quatre livres avant de trancher ces questions. Pour répondre à ce genre d'argument, un demandeur doit être en mesure de prouver soit qu'il ne gagnerait pas en efficacité et ne réaliserait pas des économies appréciables s'il modifiait sa stratégie d'instance, soit qu'il doit s'en tenir à sa stratégie d'instance initiale pour que justice puisse être rendue.

78 The rule in *Okanagan* arose on a very specific and compelling set of facts that created a situation that should hardly ever reoccur. As this Court held in *Okanagan*, an advance costs award should remain a last resort. The costs award in the instant case did not meet the required standards.

6. Disposition

79 The appeal is dismissed, with the parties to bear their own costs.

The reasons of McLachlin C.J. and Charron J. were delivered by

80 THE CHIEF JUSTICE — I have read the joint reasons of my colleagues Justices Bastarache and LeBel to dismiss the appeal, as well as those of Justice Binnie to allow it.

81 I would dismiss the appeal, although for somewhat different reasons than Bastarache and LeBel JJ. I cannot, with respect, concur entirely in the statement of the test put forth in either the reasons of Bastarache and LeBel JJ., nor in the reasons of Binnie J. This disagreement leads me to a different formulation of the test and a different analysis.

I. Test for Awarding Interim Costs

82 The law does not require a party to provide advance financing of the claim of its opponent as a general rule. Litigation proceeds on the basis that each party must finance its own case, subject to post-litigation costs awards. Sometimes, the state provides assistance to an impecunious party, through legal aid. Sometimes, lawyers assist a needing party by offering *pro bono* services or by working on a contingency fee arrangement. These possibilities do not negate the general rule that each party must finance its own litigation.

La règle de l'arrêt *Okanagan* découlait d'un ensemble de faits très particuliers et déterminants qui engendraient une situation qui ne devrait guère se reproduire. Comme notre Cour l'a décidé dans l'arrêt *Okanagan*, la provision pour frais ne devrait être accordée qu'en dernier recours. En l'espèce, l'attribution de dépens ne respectait pas les normes requises.

6. Dispositif

Le pourvoi est rejeté, les parties devant supporter leurs propres frais.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et de la juge Charron rendus par

LA JUGE EN CHEF — J'ai pris connaissance des motifs conjoints de mes collègues les juges Bastarache et LeBel, qui sont d'avis de rejeter le pourvoi, ainsi que des motifs du juge Binnie, qui l'accueillerait.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi, bien que ce soit pour des motifs différant quelque peu de ceux de mes collègues les juges Bastarache et LeBel. En toute déférence, je ne puis souscrire entièrement à leur formulation du critère, pas plus qu'à celle de mon collègue le juge Binnie, ce qui m'amène donc à le formuler autrement et à procéder à une analyse différente.

I. Le critère applicable en matière de provision pour frais

En règle générale, la loi n'oblige pas une partie à verser une provision pour frais destinée à financer l'action intentée par son adversaire. Dans un litige, chaque partie doit payer ses propres frais, sous réserve des dépens auxquels elle peut être condamnée à l'issue de l'instance. Parfois, l'État vient au secours d'une partie impecunieuse, au moyen de l'aide juridique. Il arrive aussi que des avocats aident une partie dans le besoin en lui offrant bénévolement leurs services ou en concluant avec elle une convention d'honoraires conditionnels. L'existence de ces possibilités n'écarte pas pour autant la règle générale voulant que chaque partie finance sa cause.

However, in certain cases raising special circumstances, judges, invoking their equitable jurisdiction, may order one party to pay the other's interim costs if "the poverty of the person will not allow her to carry on the cause, unless the court will direct the defendant to pay something to the plaintiff in the mean time": *Jones v. Coxeter* (1742), 2 Atk. 400, 26 E.R. 642 (Ch.). Such an order is rare, and may be made only in "special circumstances", where necessary to avoid unfairness or injustice. Such orders have been made in certain trust, bankruptcy, corporate and family cases. In *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, 2003 SCC 71, this Court held that the public interest in litigation could support a finding of exceptional circumstances sufficient to permit an award of interim costs. In such cases, policy interests often supersede the interest to the litigant, and the issues are of significance not only to the parties, but to the broader community. As LeBel J., for the Court, wrote:

In both these respects, public law cases as a class can be distinguished from ordinary civil disputes. They may be viewed as a subcategory where the "special circumstances" that must be present to justify an award of interim costs are related to the public importance of the questions at issue in the case. . . . [para. 38]

In *Okanagan*, the third condition that must be met before a court can order interim costs is described in terms of "special interest", more particularly special interest established by the public importance of the litigation. The test for interim costs orders generally as set out in *Okanagan* reads as follows:

There are several conditions that the case law identifies as relevant to the exercise of this power, all of which must be present for an interim costs order to be

Toutefois, dans certaines affaires qui présentent des circonstances particulières, un juge peut invoquer sa compétence d'équité pour ordonner à une partie de verser à l'autre partie une provision pour frais si [TRADUCTION] « en raison de sa pauvreté, la personne ne pourra pas faire entendre sa cause à moins que la cour n'ordonne au défendeur de payer entre-temps une certaine somme à la demanderesse » : *Jones c. Coxeter* (1742), 2 Atk. 400, 26 E.R. 642 (Ch.). Ces ordonnances sont rares et ne peuvent être rendues que dans des « circonstances particulières », lorsqu'elles sont nécessaires pour éviter une iniquité ou injustice. Elles ont été accordées dans certaines affaires concernant les fiducies, la faillite, les sociétés et la famille. Dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371, 2003 CSC 71, notre Cour a statué que l'intérêt public dans une instance pouvait justifier de conclure à l'existence de circonstances exceptionnelles suffisantes pour permettre l'attribution d'une provision pour frais. En pareil cas, des considérations d'intérêt général priment souvent l'intérêt du plaideur, et les questions soulevées revêtent de l'importance non seulement pour les parties au litige, mais encore pour la collectivité en général. Comme le juge LeBel l'a affirmé au nom de la Cour :

Sous ces deux aspects, les causes de droit public en tant que catégorie se distinguent des litiges civils ordinaires. Elles peuvent être considérées comme une sous-catégorie dans laquelle les « circonstances particulières » qui sont nécessaires pour que l'on puisse justifier l'octroi de provisions pour frais tiennent à l'importance des questions en jeu pour le public. . . . [par. 38]

Dans l'arrêt *Okanagan*, la troisième condition à remplir pour qu'un tribunal puisse ordonner le versement d'une provision pour frais fait état d'un « intérêt spécial » et, plus particulièrement, l'intérêt spécial tenant à l'importance de l'instance pour le public. Selon l'arrêt *Okanagan*, le critère généralement applicable en matière de provision pour frais est le suivant :

La jurisprudence pose plusieurs conditions à l'exercice de ce pouvoir, toutes devant être présentes pour qu'une provision pour frais soit accordée. La partie qui

granted. The party seeking the order must be impecunious to the extent that, without such an order, that party would be deprived of the opportunity to proceed with the case. The claimant must establish a *prima facie* case of sufficient merit to warrant pursuit. And there must be special circumstances sufficient to satisfy the court that the case is within the narrow class of cases where this extraordinary exercise of its powers is appropriate. . . . in the usual case, where the court exercises its equitable jurisdiction to make such costs orders as it concludes are in the interests of justice, the three criteria of impecuniosity, a meritorious case and special circumstances must be established on the evidence before the court. [Emphasis added; para. 36.]

85 Again, in applying the test, the Court, *per* LeBel J., stated:

Applying the criteria I have set out to the evidence in this case as assessed by the chambers judge, it is my view that each of them is met. The respondents are impecunious and cannot proceed to trial without an order for interim costs. The case is of sufficient merit that it should go forward. The issues sought to be raised at trial are of profound importance to the people of British Columbia, both aboriginal and non-aboriginal, and their determination would be a major step towards settling the many unresolved problems in the Crown-aboriginal relationship in that province. In short, the circumstances of this case are indeed special, even extreme. [Emphasis added; para. 46.]

86 However, in setting out the test in the context of public interest litigation at para. 40 of *Okanagan*, the third condition of special circumstances was expressed in terms of public interest without express reference to special circumstances. The third branch is described there as follows: “3. The issues raised transcend the individual interests of the particular litigant, are of public importance, and have not been resolved in previous cases.”

87 Notwithstanding the restricted formulation of the third requirement of the test at para. 40 of *Okanagan*, it is clear from the overall tenor of the reasons in *Okanagan* that the Court did not intend to depart from the common law requirement that

sollicite l’ordonnance doit être si dépourvue de ressources qu’elle serait incapable, sans cette ordonnance, de faire entendre sa cause. Elle doit prouver *prima facie* que sa cause possède un fondement suffisant pour justifier son instruction devant le tribunal. De plus, il doit exister des circonstances suffisamment spéciales pour que le tribunal soit convaincu que la cause appartient à cette catégorie restreinte de causes justifiant l’exercice exceptionnel de ses pouvoirs. [. . .] [N]ormalement, lorsque le tribunal exerce sa compétence en equity pour ordonner de telles provisions pour frais parce qu’il conclut qu’il y va de l’intérêt de la justice, il doit ressortir de la preuve que les trois conditions sont réunies : le manque de ressources nécessaires, une cause qui vaut d’être instruite et des circonstances spéciales. [Je souligne; par. 36.]

Là encore, en appliquant le critère, la Cour, s’exprimant sous la plume du juge LeBel, a affirmé :

Si j’applique les conditions que j’ai énoncées à la preuve en l’espèce telle que le juge en chambre l’a appréciée, je suis d’avis qu’il est satisfait à chacune d’elles. Les intimés ne disposent pas de ressources suffisantes et ne peuvent faire entendre leur cause sans ordonnance de paiement d’une provision pour frais. L’affaire vaut d’être instruite. Les questions que l’on cherche à soulever au procès sont d’une importance cruciale pour la population de la Colombie-Britannique, tant autochtone que non autochtone, et une décision à leur égard constituerait un pas majeur vers le règlement des nombreux problèmes en suspens entre la Couronne et les Autochtones dans cette province. Bref, les circonstances de l’espèce sont effectivement particulières, voire exceptionnelles. [Je souligne; par. 46.]

Toutefois, en énonçant le critère dans le contexte d’une instance d’intérêt public, au par. 40 de l’arrêt *Okanagan*, la Cour a décrit la troisième condition des circonstances particulières ou spéciales sous l’angle de l’intérêt public, sans mentionner expressément les circonstances particulières ou spéciales. Le troisième volet du critère y est décrit ainsi : « 3. Les questions soulevées dépassent le cadre des intérêts du plaideur, revêtent une importance pour le public et n’ont pas encore été tranchées. »

Malgré la formulation restrictive du troisième volet du critère figurant au par. 40 de l’arrêt *Okanagan*, il ressort clairement de la teneur globale des motifs de cet arrêt que la Cour n’entendait pas déroger à la condition de common law selon

special circumstances be established as a precondition of interim costs. The test for interim costs in public interest litigation should not be less exacting than the test for interim costs generally. Indeed, there is no reason why they should not be the same. In applying the test, as discussed, the Court confirmed that the search is not merely for a matter of public interest, but for the very special circumstances required to justify this extraordinary order.

I therefore proceed on the basis that the three criteria for an order for advance costs are: (1) impecuniosity; (2) a meritorious case; and (3) special circumstances making this extraordinary exercise of the court's power appropriate. This formulation differs from that used by my colleagues Bastarache and LeBel JJ. in that the third condition is not merely that the matter be one of public interest, but that it constitute special circumstances in the sense indicated. The third requirement of special circumstances has been found in cases involving trusts, family maintenance, corporate and bankruptcy matters, and, in *Okanagan*, in cases involving issues of public importance. However, public importance is not enough in itself to meet the third requirement. The ultimate question is whether the matter of public interest rises to the level of constituting special circumstances. As with all equitable orders, the order is in the court's discretion, provided the conditions are made out. However, absent these conditions, it cannot be made.

II. Application of the Test to This Case

How the third requirement of the test is formulated makes a difference in this case. Indeed, it makes a critical difference. The chambers judge applied the formulation of the test found at

laquelle la provision pour frais ne peut être ordonnée que si l'existence de circonstances particulières est préalablement établie. Le critère applicable à la provision pour frais dans une instance d'intérêt public ne devrait pas être moins exigeant que celui généralement applicable en matière de provision pour frais. En fait, rien ne justifie qu'ils diffèrent. Comme nous l'avons vu, la Cour a confirmé que, dans l'application du critère, il faut se demander non seulement si l'affaire est d'intérêt public, mais également si l'on est en présence des circonstances très particulières qui sont requises pour justifier cette ordonnance exceptionnelle.

Je tiens donc pour acquis que les trois conditions qui doivent être réunies pour qu'une ordonnance accordant une provision pour frais soit rendue sont les suivantes : (1) le manque de ressources, (2) l'affaire vaut d'être instruite et (3) l'existence de circonstances particulières justifiant l'exercice exceptionnel de ce pouvoir judiciaire. Cette formulation diffère de celle de mes collègues les juges Bastarache et LeBel en ce que la troisième condition veut non seulement que l'affaire soit d'intérêt public, mais qu'elle présente des circonstances particulières au sens indiqué. On a conclu que la troisième condition, celle des circonstances particulières, était remplie dans des affaires concernant les fiducies, le soutien familial, les sociétés et la faillite, et, dans l'arrêt *Okanagan*, dans des affaires soulevant des questions d'importance pour le public. Cependant, l'importance pour le public n'est pas suffisante en soi pour remplir la troisième condition. En définitive, il s'agit de savoir si l'affaire d'intérêt public présente des circonstances particulières. Comme pour toutes les ordonnances d'equity, cette ordonnance relève du pouvoir discrétionnaire du tribunal, qui peut la rendre seulement s'il est établi que les conditions sont remplies. En l'absence de ces conditions, l'ordonnance ne peut pas être rendue.

II. Application du critère à la présente affaire

La façon de formuler la troisième condition n'est pas sans incidence en l'espèce. En fait, elle a une incidence cruciale. La juge en chambre a appliqué le critère tel qu'il est formulé au par. 40 de l'arrêt

para. 40 of *Okanagan* ((2004), 31 B.C.L.R. (4th) 330, 2004 BCSC 823). She found impecuniosity, merit and public interest. Having done so, she explained the exercise of her residual discretion in two short paragraphs. In all of this, she never discussed the critical condition that the case displayed “special circumstances”.

90 The Court of Appeal, in setting aside the chambers judge’s order for interim costs, relied on this error ((2005), 38 B.C.L.R. (4th) 288, 2005 BCCA 94). Thackray J.A. pointed out that the chambers judge did not consider whether the litigation could be defined as “special” enough — as opposed to simply being important — to merit advance costs (para. 60).

91 I agree with the Court of Appeal that this constituted a critical error, justifying disturbing the chambers judge’s order for interim costs.

92 The standard for an appellate court setting aside an order for interim costs is stated succinctly by LeBel J. in *Okanagan* (at para. 43):

An appellate court may and should intervene where it finds that the trial judge has misdirected himself as to the applicable law or made a palpable error in his assessment of the facts. As this Court held in *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801, at p. 814-15, the criteria for the exercise of a judicial discretion are legal criteria, and their definition as well as a failure to apply them or a misapplication of them raise questions of law which are subject to appellate review.

93 Major J., at para. 82, agreed and added:

I also agree that a misapplication of the criteria relevant to an exercise of discretion constitutes an error of law.

Here, as the Court of Appeal held, the chambers judge misapplied the criteria relevant to the exercise of her discretion by failing to consider whether

Okanagan ((2004), 31 B.C.L.R. (4th) 330, 2004 BCSC 823). Elle a conclu qu’il y avait un manque de ressources et que l’affaire valait d’être instruite et était d’intérêt public, puis elle a expliqué l’exercice de son pouvoir discrétionnaire résiduel dans deux courts paragraphes, le tout sans jamais analyser la condition cruciale que l’affaire présente des « circonstances particulières ».

La Cour d’appel invoque cette erreur pour annuler l’ordonnance de la juge en chambre accordant une provision pour frais ((2005), 38 B.C.L.R. (4th) 288, 2005 BCCA 94). Le juge Thackray a souligné que la juge en chambre ne s’était pas demandé si l’instance pouvait être qualifiée de suffisamment « particulière » — au lieu de simplement importante — pour justifier l’attribution d’une provision pour frais (par. 60).

Je conviens avec la Cour d’appel que cela constituait une erreur déterminante qui justifiait de modifier l’ordonnance de la juge en chambre accordant la provision pour frais.

Dans l’arrêt *Okanagan* (par. 43), le juge LeBel énonce brièvement la norme applicable à l’annulation en appel d’une ordonnance accordant une provision pour frais :

Une cour d’appel peut et doit intervenir lorsqu’elle estime que le juge de première instance s’est fondé sur des considérations erronées en ce qui concerne le droit applicable ou a commis une erreur manifeste dans son appréciation des faits. Comme la Cour l’a dit dans *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, p. 814-815, les conditions d’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge constituent des critères juridiques et leur définition, tout comme leur non-application ou leur mauvaise application, pose des questions de droit susceptibles de révision en appel.

Au paragraphe 82, le juge Major s’est dit du même avis et a ajouté ceci :

Je reconnais également qu’une mauvaise application des critères relatifs à l’exercice du pouvoir discrétionnaire constitue une erreur de droit.

En l’espèce, comme l’a conclu la Cour d’appel, la juge en chambre a mal appliqué les critères relatifs à l’exercice de son pouvoir discrétionnaire en

the case was special enough to justify the extraordinary measure of ordering the respondents to pay the appellant's interim costs. That constitutes an error of law, attracting appellate review.

For the reasons that follow, I conclude, as do my colleagues Bastarache and LeBel JJ., that the third pre-condition of an order for interim costs is not met in this case, not because the case entirely lacks public interest, as they assert, but because it does not rise to the level of the special circumstances required to give the court jurisdiction to make the order. In my view, this case does not fall into the narrow class of cases where one party may be ordered to pay the interim costs of the other party. If this case qualifies for advance costs, so will many other cases involving constitutional issues and other issues of public importance. This Court's decision in *Okanagan* was not intended to provide a general funding mechanism for important cases.

1. *Inability to Pay*

Under *Okanagan*, the first question is whether Little Sisters “genuinely cannot afford to pay for the litigation, and no other realistic option exists for bringing the issues to trial — in short, [whether] the litigation would be unable to proceed if the order were not made” (para. 40). This involves an examination of the cost of the projected litigation and the appellant's ability to meet those costs.

The scope of the case is central to this issue. Customs argued that an appeal regarding four of the books may determine whether a broader review of systemic practices is necessary, and that therefore the question of whether Little Sisters could afford the Four Books Appeal should be determined first. The Court of Appeal found that Bennett J. erred

ne se demandant pas si l'affaire était suffisamment particulière pour justifier la mesure exceptionnelle consistant à ordonner aux intimés de verser une provision pour frais à l'appelante. Il s'agit d'une erreur de droit qui donne ouverture à une révision en appel.

Pour les motifs qui suivent, je conclus, à l'instar de mes collègues les juges Bastarache et LeBel, que la présente affaire ne remplit pas la troisième condition préalable de l'ordonnance accordant une provision pour frais, non pas en raison de l'absence totale d'intérêt public, comme ils l'affirment, mais parce qu'elle ne présente pas les circonstances particulières requises pour qu'un tribunal soit fondé à rendre cette ordonnance. À mon avis, elle n'entre pas dans la catégorie restreinte des affaires où une partie peut se voir ordonner de payer une provision pour frais à l'autre partie. Si la présente affaire réunit les conditions requises pour qu'une provision pour frais puisse être ordonnée, il en ira de même pour de nombreuses autres affaires soulevant des questions constitutionnelles ou d'autres questions d'importance pour le public. L'arrêt *Okanagan* de notre Cour ne visait pas à établir un mécanisme général de financement des affaires importantes.

1. *Incapacité de payer*

Suivant l'arrêt *Okanagan*, il faut d'abord se demander si Little Sisters « n'a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige et ne dispose réalistement d'aucune autre source de financement lui permettant de soumettre les questions en cause au tribunal — bref, [si] elle serait incapable d'agir en justice sans l'ordonnance » (par. 40). Il faut, à cette fin, s'interroger sur le coût de l'instance projetée et sur la capacité de l'appelante de le supporter.

La portée de l'affaire est au cœur de cette question. Les Douanes ont fait valoir qu'un appel concernant quatre des livres peut indiquer si un examen plus large des pratiques systémiques est nécessaire, et qu'il y a donc lieu de commencer par vérifier si Little Sisters avait les moyens de payer les frais occasionnés par l'appel concernant

94

95

96

in failing to consider whether Little Sisters could afford to pursue the appeal of the four books, rather than the broader systemic appeal.

97

Like my colleagues, I am content to proceed on the basis of the Four Books Appeal. However, I disagree with the Court of Appeal's conclusion that it was "speculati[ve]" for Bennett J. to find the cost of that appeal exceeded Little Sisters' financial resources. The high cost of appealing specific prohibitions was noted by this Court in *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69 ("*Little Sisters No. 1*"): the "cost of challenging [prohibitions] through the various levels of administrative review" make it difficult — if not "completely impracticable" to contest them (*per* Iacobucci J., at para. 230). More importantly, Little Sisters presented extensive evidence of the resources required to advance this appeal, and established to the motion judge's satisfaction that the cost was beyond its means.

98

The intervener Attorney General of Ontario submitted that, much like the test for public interest standing, the test for advance costs should consider whether there are other parties capable of bringing the issue before the courts. It proposes this as a way of ensuring that interim costs orders only be issued where absolutely necessary, while also reducing the risk of plaintiff shopping. Bastarache and LeBel JJ. adopt this submission, while Binnie J. rejects it. I agree with Binnie J. on this point. As LeBel J. stated in *Okanagan*, the "party seeking the order must be impecunious to the extent that, without such an order, that party would be deprived of the opportunity to proceed with the case" (para. 36 (emphasis added)). The fact that other plaintiffs are actually pursuing similar claims might impact the overall assessment of the public importance of the case, but it does not negate impecuniosity. To hold otherwise would place on the applicant the

les quatre livres. La Cour d'appel a conclu que la juge Bennett avait commis une erreur en omettant de se demander si Little Sisters avait les moyens de poursuivre l'appel concernant les quatre livres au lieu de l'appel plus large sur les pratiques systémiques.

À l'instar de mes collègues, je m'en tiendrais à l'appel concernant les quatre livres. Toutefois, je ne puis souscrire à la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle la juge Bennett s'est livrée à des [TRADUCTION] « conjectures » en décidant que Little Sisters n'avait pas les moyens de financer l'appel en question. Dans l'arrêt *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69 (« *Little Sisters n^o 1* »), notre Cour a fait état du coût élevé d'un appel visant des interdictions particulières : « les coûts qu'entraîne [la] contestation [d'une interdiction] aux différents niveaux de révision administrative » font en sorte qu'il est difficile — voire « totalement impossible en pratique » de la contester (le juge Iacobucci, par. 230). Qui plus est, Little Sisters a présenté une preuve abondante au sujet des ressources requises pour interjeter l'appel qui nous intéresse et a démontré à la satisfaction de la juge en chambre qu'elle n'avait pas les moyens de supporter ce coût.

L'intervenant le procureur général de l'Ontario a soutenu que, dans le cadre du critère applicable à la provision pour frais, tout comme dans celui applicable à la qualité pour agir dans l'intérêt public, il faut se demander si d'autres parties sont en mesure de soumettre la question aux tribunaux. Cette proposition constitue, selon lui, un moyen de faire en sorte que les provisions pour frais ne soient ordonnées que dans les cas où elles sont absolument nécessaires, tout en réduisant le risque de recherche d'un demandeur y ayant droit. Les juges Bastarache et LeBel retiennent cet argument, mais non le juge Binnie, dont je partage l'avis sur ce point. Comme l'a affirmé le juge LeBel dans l'arrêt *Okanagan*, la « partie qui sollicite l'ordonnance doit être si dépourvue de ressources qu'elle serait incapable, sans cette ordonnance, de faire entendre sa cause » (par. 36 (je souligne)). Le fait que d'autres demandeurs aient intenté des actions semblables est

impossible task of proving no one else could or would pursue the litigation.

I conclude that the evidence supports the chambers judge's finding of inability to finance the litigation.

2. *Prima Facie Merit*

Both the chambers judge and the Court of Appeal concluded that this threshold is relatively low, and that it is met on the facts of the instant case.

I agree that the threshold set by the *prima facie* merit criterion is relatively low. Imposing too high a threshold at this stage risks engaging courts in the very exercise of pre-determining the merits that it is supposed to avoid. What is required at this stage, on the test for interim costs, applying *Okanagan*, is that “[t]he case is of sufficient merit that it should go forward” (*per* LeBel J., at para. 46). The chambers judge correctly considered this requirement and found it to be met. In my view, her finding on this issue should not be disturbed.

3. *Special Circumstances*

As already discussed, for more than 250 years, courts have insisted that a pre-condition of an order for interim costs is a finding that the case fulfills the requirement of “special circumstances”. More precisely, “there must be special circumstances sufficient to satisfy the court that the case is within the narrow class of cases where this extraordinary exercise of its powers is appropriate”: *Okanagan*, at para. 36. LeBel J. cited with approval the statement of Macdonald J. in *Organ v. Barnett* (1992), 11 O.R. (3d) 210 (Gen. Div.), at p. 215, that the jurisdiction to award interim costs is “limited to very exceptional cases and ought to be narrowly applied” (para. 32).

susceptible d’influer sur l’évaluation globale de l’importance de l’affaire pour le public, mais il n’écarte pas la prise en compte de l’impécuniosité. Conclure différemment aurait pour effet d’imposer à la partie qui demande la provision pour frais la tâche impossible de prouver que personne d’autre ne pourrait ou ne voudrait poursuivre l’instance.

J’estime que la preuve étaye la conclusion d’incapacité de financer l’instance tirée par la juge en chambre.

2. *Bien-fondé à première vue*

La juge en chambre et la Cour d’appel ont toutes les deux conclu que cette condition préalable était relativement peu exigeante et qu’elle était remplie selon les faits de la présente affaire.

Je conviens que la condition préalable du bien-fondé à première vue est relativement peu exigeante. L’application d’une condition trop stricte à ce stade risque d’amener les tribunaux à préjuger du bien-fondé de la demande, ce qu’ils sont censés éviter de faire. Ce qui est requis à ce stade, selon le critère régissant les provisions pour frais et en application de l’arrêt *Okanagan*, c’est que « [l]’affaire va[ille] d’être instruite » (le juge LeBel, par. 46). La juge en chambre a examiné adéquatement cette condition et a conclu qu’elle était remplie. Selon moi, il n’y a pas lieu de modifier sa conclusion sur ce point.

3. *Circonstances particulières*

Comme nous l’avons vu, les tribunaux exigent depuis plus de 250 ans qu’une condition préalable d’une ordonnance accordant une provision pour frais soit que l’affaire satisfasse à l’exigence des « circonstances spéciales ou particulières ». Plus précisément, « il doit exister des circonstances suffisamment spéciales pour que le tribunal soit convaincu que la cause appartient à cette catégorie restreinte de causes justifiant l’exercice exceptionnel de ses pouvoirs » : *Okanagan*, par. 36. Le juge LeBel a cité en l’approuvant l’affirmation de la juge Macdonald dans la décision *Organ c. Barnett* (1992), 11 O.R. (3d) 210 (Div. gén.), p. 215, selon

99

100

101

102

Similarly, La Forest J. in *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, stated that an interim costs award against the Attorney General was “highly unusual” and something that should be permitted “only in very rare cases” (para. 122).

laquelle la compétence pour accorder une provision pour frais [TRADUCTION] « se limit[e] à des cas vraiment exceptionnels et [devrait] être appliquée avec restriction » (par. 32). De même, dans l'arrêt *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, le juge La Forest a affirmé qu'une ordonnance enjoignant au Procureur général de verser une provision pour frais était « fort inhabituelle » et ne devrait être permise « que dans des cas très rares » (par. 122).

103

The reasons for this stricture are apparent. They lie in the general rule that parties must bear the costs of their litigation, subject to post-judgment costs orders. It is an extraordinary and unusual thing to make a defendant pay not only its own litigation expenses, but to assist the plaintiff in bringing the case against him. Cases raising issues that transcend the plaintiff's individual interest, are of public importance and are unresolved, are legion. The Court in *Okanagan* did not intend interim costs to be available in all such cases, as confirmed by the requirement of “special circumstances” and the emphasis on a “narrow class of cases” and the “extraordinary” nature of the order (para. 36).

Les raisons de cette restriction sont évidentes. Elles tiennent à la règle générale selon laquelle les parties doivent financer leur participation à un litige, sous réserve des dépens auxquels elles peuvent être condamnées après le jugement. Ce n'est qu'exceptionnellement et rarement qu'un défendeur sera tenu non seulement de supporter ses propres dépenses, mais encore d'aider le demandeur à le poursuivre en justice. Les affaires soulevant des questions qui dépassent le cadre des intérêts du demandeur, revêtent une importance pour le public et n'ont pas encore été tranchées sont nombreuses. Dans l'arrêt *Okanagan*, la Cour n'a pas voulu que la provision pour frais puisse être obtenue dans tous ces cas, comme le confirment l'exigence des « circonstances particulières » et l'insistance sur la « catégorie restreinte de causes » et la nature « exceptionnel[le] » de l'ordonnance (par. 36).

104

What identifies the rare case where “special circumstances” permit an order for interim costs? Some cases emphasize the importance of the subject matter of the suit. This is different from the question of *prima facie* merit at issue in the second requirement, discussed above. The issue is not whether the case has *prima facie* merit — that has already been established — but whether it is of such great importance that justice requires it to go forward. The importance may be private, public, or both. The “profound importance” of the case to the litigants in *Okanagan* was explicitly noted by LeBel J. (para 46). A similar analysis entered the equation in *B. (R.)* where the Ontario Court of Appeal, upholding the award of costs against the intervening Attorney General, noted that the case was one in which “parents rose up against state power because of their religious beliefs” ((1992), 10 O.R.

Quand sommes-nous en présence d'un de ces rares cas où des « circonstances particulières » justifient d'ordonner une provision pour frais? Certaines affaires font ressortir l'importance de l'objet de la poursuite. Cette question diffère de celle du bien-fondé à première vue qui est visée dans la deuxième condition analysée plus haut. Il s'agit de déterminer non pas si l'affaire est fondée à première vue — ce qui a déjà été établi — mais si elle revêt une importance si grande que la justice exige qu'elle suive son cours. L'affaire peut être importante pour un plaideur, pour le public en général ou pour les deux à la fois. Dans l'arrêt *Okanagan*, le juge LeBel a explicitement fait état de l'« importance cruciale » de l'affaire pour les plaideurs (par. 46). Une analyse semblable a été effectuée dans l'arrêt *B. (R.)* où la Cour d'appel de l'Ontario a maintenu la condamnation aux

(3d) 321, at pp. 354-55). Other cases find unfairness not so much in the special subject matter of the suit, as in the circumstances of the parties. For example, it may appear fair that a trustee who is sued bear some of the cost of settling an issue relating to a trust, or that a husband who controls the assets of the marriage pay something toward the cost of resolving how they are to be divided. Often, considerations of subject matter and circumstances intertwine. The ultimate question is whether the order for interim costs is required to prevent systemic unfairness or injustice.

What elevates a case to the special and narrow class where advance costs may be ordered cannot be determined by precise advance description. Generally, however, an award should be made only if the court concludes that issues raised are of high importance and are unlikely to proceed in the absence of an advance costs order, thereby producing a serious denial of justice. The injustice at stake here is not denial to the appellant of an anticipated remedy, nor denial to the public of a desired outcome, but the injustice of denial of an opportunity to have a vital private and/or public issue judged and resolved by the courts. If the statement is confined to systemic injustice in this sense, I agree with the conclusion of Bastarache and LeBel JJ. that “[a]n advance costs award should remain a last resort” (para. 78).

Against this background, I turn to whether the evidence adduced before the chambers judge establishes a special case in this sense. The chambers judge did not address this question. The Court of Appeal, *per* Thackray J.A., did consider it, and concluded that the case, while raising issues of public importance, did not meet the third requirement

dépens du procureur général intervenant en indiquant qu’il s’agissait d’une affaire dans laquelle [TRADUCTION] « des parents se sont élevés contre le pouvoir de l’État en raison de leurs convictions religieuses » ((1992), 10 O.R. (3d) 321, p. 354-355). Dans d’autres affaires, les tribunaux ont conclu que l’iniquité ne résultait pas tant de l’objet particulier de l’action en justice que de la situation des parties. Par exemple, il peut sembler juste qu’un fiduciaire poursuivi en justice supporte une partie des frais engagés pour faire trancher une question touchant une fiducie, ou que le mari qui contrôle les biens du mariage contribue aux frais requis pour faire décider des modalités de leur partage. Il arrive souvent que les considérations susmentionnées — l’objet et les circonstances — soient inextricablement liées. En définitive, il s’agit de déterminer s’il est nécessaire d’accorder une provision pour frais pour empêcher une iniquité ou injustice systémique.

Il est impossible de décrire à l’avance de façon précise ce qui fait qu’une cause appartient à la catégorie spéciale et restreinte des cas où une provision pour frais peut être ordonnée. En règle générale, cependant, une provision pour frais ne devrait être accordée que dans le cas où le tribunal conclut que les questions soulevées ont une grande importance et qu’elles ne seront vraisemblablement pas examinées et tranchées en l’absence d’une provision pour frais, ce qui entraînera un grave déni de justice. L’injustice dont il est question en l’espèce n’est pas le fait de priver l’appelante d’une réparation escomptée ou le public d’un résultat souhaité, mais le fait de refuser la possibilité de faire examiner et trancher par les tribunaux une question cruciale d’intérêt privé, public ou les deux. Si l’affirmation se limite à cette notion d’injustice systémique, je souscris à la conclusion des juges Bastarache et LeBel selon laquelle « la provision pour frais ne devrait être accordée qu’en dernier recours » (par. 78).

C’est dans ce contexte que j’examinerai si la preuve soumise à la juge en chambre établit l’existence d’un cas particulier en ce sens. La juge en chambre n’a pas abordé cette question, mais la Cour d’appel, par l’entremise du juge Thackray, l’a examinée et a conclu que, même si elle soulevait des questions d’importance pour le public, l’affaire ne

of being “special” enough to permit an order for interim costs:

Freedom of expression is of public interest at any time, as is compliance with court orders. However, it is only the “special” case that will engage the extraordinary step of requiring the public purse to contribute funds, through advanced costs, to the prosecution or defence of a case. I am of the opinion that the case at bar has not been shown to be special as to its circumstances as compared to *Okanagan Indian Band* nor to be “special” by its very nature as a public interest case. [para. 61]

107

I agree with the Court of Appeal. It cannot be denied that the present case raises issues of some public importance. Free expression, as Thackray J.A. states, is always of public importance. And as Binnie J. points out, inferences may be drawn from the decision-making process for these books to the processes used for other material. This may be important to other booksellers relying on imports and, more broadly, to citizens concerned with how Customs defines obscenity and the contest between state power and freedom of expression. The public also has an interest in compliance with court orders.

108

I note the suggestion of both the Court of Appeal and Customs that Little Sisters’ difficulty in collecting money to fund this case indicates that the lesbian and gay community does not regard this issue as particularly important. In my view, this argument should be rejected. First, this reasoning appears to penalize an applicant for not being able to raise money and flies in the face of the requirement to show that it genuinely cannot afford to pay for the litigation. Second, lack of concern is not the only inference that can be drawn from lack of financial support from the community. For example, other issues may be competing for its pecuniary attention. Finally, the question of public importance is not about popularity; indeed, the issues of greatest importance may sometimes be

remplissait pas la troisième condition selon laquelle elle devait être suffisamment « spéciale » ou « particulière » pour permettre l’attribution d’une provision pour frais :

[TRADUCTION] La liberté d’expression est toujours d’intérêt public, tout comme le respect des ordonnances judiciaires. Cependant, ce n’est que dans un cas « spécial » que sera prise la mesure exceptionnelle consistant à obliger le trésor public à contribuer au financement d’une poursuite ou d’une défense au moyen de la provision pour frais. À mon avis, il n’a pas été démontré que la présente affaire présente des circonstances spéciales comme celles de l’affaire *Bande indienne Okanagan* ni qu’elle est « spéciale » de par son caractère même d’intérêt public. [par. 61]

Je partage l’opinion de la Cour d’appel. On ne saurait nier que la présente affaire soulève des questions revêtant une certaine importance pour le public. Comme l’affirme le juge Thackray, la liberté d’expression revêt toujours de l’importance pour le public. De plus, comme le souligne le juge Binnie, le processus décisionnel appliqué aux livres en question peut permettre de faire des inférences au sujet des méthodes utilisées pour d’autre matériel. Cela peut être important pour d’autres libraires importateurs et, plus généralement, pour les citoyens préoccupés par la façon dont les Douanes définissent l’obscénité et par le conflit entre le pouvoir de l’État et la liberté d’expression. La population a elle aussi intérêt à ce que les ordonnances judiciaires soient respectées.

Je remarque que la Cour d’appel et les Douanes ont affirmé que la difficulté de Little Sisters de réunir les fonds nécessaires pour financer la présente affaire indique que la communauté gaie et lesbienne ne considère pas cette question particulièrement importante. À mon avis, cet argument doit être rejeté. Premièrement, ce raisonnement semble pénaliser un demandeur qui est incapable de lever des fonds, en plus d’aller à l’encontre de la condition requérant qu’il démontre qu’il n’a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige. Deuxièmement, le manque d’intérêt n’est pas la seule inférence qui puisse être tirée de l’absence de soutien de la part de la communauté gaie et lesbienne. Par exemple, il peut y avoir d’autres causes pour lesquelles

the least popular and hence the least supported. It is true, as the Court of Appeal noted, that the main issues concerning free speech were resolved in *Little Sisters No. 1*. However, the evidence supports residual issues of public importance in this litigation.

The real question is whether the issues of public importance raised by the present case rise to the level of being special enough to justify an order for interim costs. Is this one of those rare cases where justice demands that the questions raised be litigated? Here again, I agree with the Court of Appeal. At stake is the prospect of not learning how Customs proceeded on the Four Books Appeal and, in the event it proceeded wrongly, not having a remedial order. In my view, the possible insight that may be gained into Customs' practices through the prosecution of this case and the limited remedy, while of interest to Little Sisters, do not rise to the level of compelling public importance or demonstrate systemic injustice.

It is argued that the history of the litigation raises "special circumstances" elevating this case to the narrow and exceptional category where advance costs may be ordered. The intervener EGALE puts it thus: "[h]aving effectively invited the Bookstore to return to court in the event of further problems with Customs [in *Little Sisters No. 1*], it would be contrary to the interests of justice to now deny the Bookstore the funding it requires to pursue its *prima facie* meritorious claims" (I.F., at para. 58 (emphasis in original)). In my view, the words of the majority of the Court in *Little Sisters No. 1*, in declining to order a more structured remedy, do not move the case beyond the general rule that litigants must finance their litigation, subject to post-judgment costs awards. Referring to the findings of

son aide financière est sollicitée. Enfin, l'importance pour le public n'est pas une question de popularité; en fait, il arrive que les questions les plus importantes soient les moins populaires et reçoivent, par conséquent, le moins d'appui. Il est vrai, comme l'a souligné la Cour d'appel, que les principales questions concernant la liberté d'expression ont été tranchées dans l'arrêt *Little Sisters n° 1*. Toutefois, la preuve indique que des questions d'importance pour le public restent à résoudre.

La véritable question qui se pose est de savoir si les questions d'importance pour le public soulevées en l'espèce sont suffisamment particulières pour justifier l'attribution d'une provision pour frais. Est-on en présence de l'un des rares cas où la justice exige que les questions soulevées soient soumises aux tribunaux? Là encore, je partage l'avis de la Cour d'appel. L'enjeu est le risque qu'on n'apprenne pas comment les Douanes ont agi relativement à l'appel concernant les quatre livres et que, dans le cas où elles auraient mal agi, aucune ordonnance réparatrice ne soit accordée. À mon avis, les indications qu'un procès pourrait apporter sur les pratiques des Douanes et la réparation limitée qui pourrait en résulter n'atteignent pas, malgré leur importance pour Little Sisters, un niveau déterminant d'importance pour le public et ne démontrent pas non plus l'existence d'une injustice systémique.

On a fait valoir que l'historique du litige crée des « circonstances particulières » qui font entrer l'affaire dans la catégorie restreinte et exceptionnelle des cas où une provision pour frais peut être ordonnée. L'intervenante EGALE s'exprime ainsi : [TRADUCTION] « [a]près avoir effectivement invité [dans *Little Sisters n° 1*] la librairie à s'adresser de nouveau aux tribunaux si jamais elle éprouvait d'autres difficultés avec les Douanes, il serait contraire aux intérêts de la justice de lui refuser maintenant le financement dont elle a besoin pour soumettre aux tribunaux ses demandes qui valent *prima facie* d'être instruites » (m.i., par. 58 (en italique dans l'original)). À mon avis, les propos que la Cour à la majorité a tenus dans l'arrêt *Little Sisters n° 1*, en refusant d'ordonner une réparation

the Court, Binnie J. wrote: “These findings should provide the appellants with a solid platform from which to launch any further action in the Supreme Court of British Columbia should they consider that further action is necessary” (para. 158). This is a comment on the legal foundation of future claims, not a statement that they should be supported by advance costs.

plus structurée, ne soustraient pas l’affaire à l’application de la règle générale selon laquelle les plaideurs doivent financer leur participation à un litige, sous réserve des dépens auxquels ils peuvent être condamnés après le jugement. Au sujet des conclusions de la Cour, le juge Binnie a écrit : « Ces constatations devraient fournir aux appelants des assises solides, susceptibles de fonder toute autre action qu’ils estimeraient nécessaire d’intenter devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique » (par. 158). Il s’agit là d’une observation sur le fondement juridique d’actions futures et non d’une déclaration qu’elles devraient être supportées au moyen d’une provision pour frais.

111 Notwithstanding some sympathy for the appellant, I find nothing in this case which establishes the special circumstances necessary to support the extraordinary remedy of an order that the respondents pay the appellant advance costs to defray the interim expense of its litigation. If advance costs are justified here, they will be justified in a host of other cases. I cannot read *Okanagan* as requiring this result.

Bien que je sympathise jusqu’à un certain point avec l’appelante, je ne vois rien en l’espèce qui établisse l’existence des circonstances particulières requises pour justifier d’accorder la réparation exceptionnelle consistant à ordonner aux intimés de verser à l’appelante une provision pour frais qui lui permettra de supporter les dépenses occasionnées par son litige. Si la provision pour frais est justifiée en l’espèce, elle le sera dans une multitude d’autres affaires. Je ne vois rien dans l’arrêt *Okanagan* qui commande un tel résultat.

112 I wish to add a note on the scale of costs. The chambers judge said nothing about the scale of costs. My colleagues appear to endorse a capped limit on spending, having regard to the projected costs of the litigation and litigation strategy. It is not clear to me that interim costs, where justified, should be awarded on the basis of indemnification or partial indemnification. In the seminal case of *Jones v. Coxeter*, the court spoke of directing the defendant “to pay something to the plaintiff in the mean time” (p. 642). In *Okanagan*, the costs were explicitly stated to be “‘costs’ in the way it is usually used in the *Supreme Court Rules* [B.C. Reg. 221/90] and in litigation parlance — i.e., taxable costs described in R. 57 [party and party costs]”: see para. 10 of Newbury J.A.’s reasons in *Okanagan* ((2001), 95 B.C.L.R. (3d) 273, 2001 BCCA 647), which were approved by this Court, at para. 47, when it dismissed the appeal. It seems reasonable that an advance costs award cannot

Je tiens à ajouter un commentaire sur le barème des dépens. La juge en chambre n’a rien dit à ce sujet. Mes collègues semblent approuver l’idée d’un plafonnement des dépenses, compte tenu des coûts estimatifs du litige et de la stratégie d’instance adoptée. Je ne suis pas certaine que, lorsqu’elles sont justifiées, les provisions pour frais doivent être accordées à titre d’indemnisation ou d’indemnisation partielle. Dans l’arrêt de principe *Jones c. Coxeter*, le tribunal a parlé d’ordonner au défendeur [TRADUCTION] « de payer entre-temps une certaine somme à la demanderesse » (p. 642). Dans l’arrêt *Okanagan*, les dépens ont été explicitement qualifiés de [TRADUCTION] « “dépens” au sens où ce terme est habituellement utilisé dans les *Supreme Court Rules* [B.C. Reg. 221/90] et dans le langage juridique — c’est-à-dire les dépens taxables décrits à l’art. 57 de ces règles [dépens entre parties] » : voir le par. 10 des motifs de la juge Newbury dans l’arrêt *Okanagan* ((2001), 95 B.C.L.R. (3d) 273, 2001

give the applicant more than it would receive were it successful at trial.

III. Conclusion

I would dismiss the appeal, with the parties bearing their own costs.

The reasons of Binnie and Fish JJ. were delivered by

BINNIE J. (dissenting) — I differ from my colleagues about what is truly at stake in this appeal and this leads to our disagreement about the appropriate outcome. In my view, the earlier case of *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69 (“*Little Sisters No. 1*”), provides more than “important context” (as my colleagues Bastarache and LeBel JJ. describe it at para. 54). The ramifications of that decision go to the heart and soul of the appellant’s present application. Were it not for the findings of serious abuses on the part of Customs authorities in *Little Sisters No. 1*, I doubt if the appellant’s request for advance costs in the present follow-up case would have had the legs to make it this far. This case is not the beginning of a litigation journey. It is 12 years into it.

A. What the Court Decided in *Little Sisters No. 1*

In the earlier proceedings, the appellant (a book and art shop described by the trial judge in *Little Sisters No. 1* as the “nerve center for the homosexual community” in Vancouver ((1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241, at para. 90)) challenged the constitutional validity of provisions of the *Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), and the *Customs Tariff*, S.C. 1987, c. 49, Schedule VII, that provide for border screening and prohibition of entry into Canada of:

9956 Books, printed paper, drawings, paintings, prints, photographs or representations of any kind that

BCCA 647), que notre Cour a approuvés, au par. 47, en rejetant le pourvoi. Il semble raisonnable qu’une provision pour frais ne puisse donner au demandeur plus que ce qu’il recevrait s’il avait gain de cause.

III. Conclusion

Je suis d’avis de rejeter le pourvoi, les parties devant supporter leurs propres frais.

Version française des motifs des juges Binnie et Fish rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) — Je ne partage l’avis de mes collègues quant à ce qui est véritablement en jeu dans le présent pourvoi, d’où notre désaccord au sujet du résultat qui s’impose. À mon avis, l’arrêt antérieur *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69 (« *Little Sisters n° 1* »), fournit plus qu’un « contexte important » (tel que le décrivent mes collègues les juges Bastarache et LeBel au par. 54). Les ramifications de cette décision sont cruciales en ce qui concerne la présente demande de l’appelante. N’était-ce les conclusions de l’arrêt *Little Sisters n° 1*, voulant que les autorités douanières aient commis de graves abus, je doute que la demande de provision pour frais présentée par l’appelante à la suite de cet arrêt se serait rendue aussi loin. La présente affaire ne fait pas que débiter, elle dure depuis 12 ans.

A. Ce que la Cour a décidé dans l’arrêt *Little Sisters n° 1*

Au cours des procédures antérieures, l’appelante (une librairie doublée d’un commerce d’objets d’art, que le juge de première instance dans l’affaire *Little Sisters n° 1* avait qualifiée de [TRADUCTION] « centre nerveux de la communauté homosexuelle » de Vancouver ((1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241, par. 90)) avait contesté la constitutionnalité des dispositions de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.), et du *Tarif des douanes*, L.C. 1987, ch. 49, annexe VII, relatives au contrôle frontalier et à l’interdiction d’entrée au Canada :

9956 Des livres, imprimés dessins, peintures, gravures, photographies ou reproductions de tout genre qui :

113

114

115

(a) are deemed to be obscene under subsection 163(8) of the *Criminal Code*;

The Customs legislation was challenged in *Little Sisters No. 1* as an unlawful prior restraint on freedom of expression, and its administration by Customs officials as targeting the lesbian and gay community contrary to principles of fair procedure in administrative law and the freedom of expression and equality provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (ss. 2(b) and 15(1)).

116

Based on the findings of the trial judge, and after examining the ample evidentiary record, our Court concluded unanimously that systemic discrimination by Customs officials and unlawful interference with free expression were clearly established. As it was put in the majority reasons:

Government interference with freedom of expression in any form calls for vigilance. Where, as here, a trial judge finds that such interference is accompanied “by the systemic targeting” of a particular group in society (in this case individuals who were seen as standard bearers for the gay and lesbian community), the issue takes on a further and even more serious dimension. Sexuality is a source of profound vulnerability, and the appellants reasonably concluded that they were in many ways being treated by Customs officials as sexual outcasts. [para. 36]

More specifically, the majority attributed the numerous *Charter* violations to systemic problems in the administration of the Customs legislation as follows (at para. 154):

2. The rights of the appellants under s. 2(b) and s. 15(1) of the *Charter* have been infringed in the following respects:

(a) They have been targeted as importers of obscene materials despite the absence of any evidence to suggest that gay and lesbian erotica is more likely to be obscene than heterosexual erotica, or that the appellants are likely offenders in this regard;

a) sont réputés obscènes au sens du paragraphe 163(8) du *Code criminel*;

Dans l'affaire *Little Sisters n^o 1*, la législation douanière était contestée pour le motif qu'elle imposait une restriction préalable illégale à la liberté d'expression et que son application par les fonctionnaires des douanes ciblait la communauté gaie et lesbienne, contrairement aux principes d'équité procédurale en droit administratif et aux dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* relatives à la liberté d'expression et à l'égalité (al. 2b) et par. 15(1)).

Compte tenu des conclusions du juge de première instance et après examen de l'abondante preuve au dossier, notre Cour a estimé à l'unanimité que l'existence de discrimination systémique de la part des fonctionnaires des douanes et d'atteinte illégale à la liberté d'expression était clairement établie. Comme les juges majoritaires l'ont expliqué dans leurs motifs :

Le gouvernement se doit de faire montre de vigilance lorsqu'il porte atteinte à quelque forme que ce soit de liberté d'expression. Dans les cas où, comme en l'espèce, le juge de première instance estime que cette atteinte s'accompagne de la [TRADUCTION] « prise systématique pour cibler » d'un groupe particulier dans la société (en l'espèce des individus qui étaient considérés comme des porte-étendards de la communauté gaie et lesbienne), la question revêt alors une dimension supplémentaire et encore plus sérieuse. La sexualité est source de profonde vulnérabilité, et les appelants ont à juste titre estimé que, à bien des égards, ils étaient traités en parias sur le plan sexuel par les fonctionnaires des douanes. [par. 36]

Plus précisément, les juges majoritaires ont attribué les nombreuses violations de la *Charte* aux problèmes systémiques d'application de la législation douanière (par. 154) :

2. Il a été porté atteinte de la manière suivante aux droits qui sont garantis aux appelants par l'al. 2b) et le par. 15(1) de la *Charte* :

a) Les appelants ont été visés comme importateurs de matériel obscène malgré l'absence de tout élément de preuve tendant à indiquer que le matériel érotique gai et lesbien risque davantage d'être obscène que le matériel érotique hétérosexuel, ou encore que les appelants sont vraisemblablement des contrevenants à cet égard.

(b) In consequence of the targeting, the appellants have suffered excessive and unnecessary prejudice in terms of delays, cost and other losses in having their goods cleared (if at all) through Canada Customs;

(c) The reasons for this excessive and unnecessary prejudice include:

- (i) failure by Customs to devote a sufficient number of officials to carry out the review of the appellants' publications in a timely way;
- (ii) the inadequate training of the officials assigned to the task;
- (iii) the failure to place at the disposal of these officials proper guides and manuals, failure to update Memorandum D9-1-1 and its accompanying illustrative manual in a timely way, and the failure to develop workable procedures to deal with books consisting mostly or wholly of written text;
- (iv) failure to establish internal deadlines and related criteria for the expeditious review of expressive materials;
- (v) failure to incorporate into departmental guides and manuals relevant advice received from time to time from the Department of Justice;
- (vi) failure to provide the appellants in a timely way with notice of the basis for detention of publications, the opportunity to make meaningful submissions on a re-determination, and reasonable access to the disputed materials for that purpose; and
- (vii) failure to extend to the appellants the equal benefit of fair and expeditious treatment of their imported goods without discrimination based on sexual orientation.

b) Du fait qu'ils ont été ciblés, les appelants ont souffert d'un préjudice excessif et inutile en raison des délais, frais et autres pertes subis afin de faire dédouaner leurs marchandises (si tant est qu'ils y sont parvenus) par Douanes Canada.

c) Les raisons de ce préjudice excessif et inutile sont notamment:

- (i) l'omission des Douanes d'affecter un nombre suffisant de fonctionnaires au contrôle des publications des appelants pour faire effectuer cette tâche en temps utile;
- (ii) la formation inadéquate des fonctionnaires affectés à cette tâche;
- (iii) l'omission de mettre à la disposition de ces fonctionnaires des guides et manuels appropriés, l'omission de mettre à jour en temps utile le Mémoire D9-1-1 et le guide illustré connexe, et l'omission d'élaborer des procédures applicables pour évaluer les livres constitués entièrement ou essentiellement de texte;
- (iv) l'omission d'établir des délais et autres critères connexes applicables à l'interne en vue d'assurer le contrôle expéditif du matériel expressif;
- (v) l'omission d'incorporer aux guides et manuels du ministère les avis pertinents reçus du ministère de la Justice;
- (vi) l'omission de donner aux appelants, en temps utile, un avis les informant des raisons de la retenue des publications, ainsi que la possibilité de présenter des observations utiles en cas de révision ou réexamen, et, à cette fin, de consulter le matériel contesté; et
- (vii) l'omission d'accorder aux appelants l'égalité de bénéfice en matière de traitement équitable et expéditif de leurs marchandises importées, indépendamment de toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

The Court divided on the issue of remedy. The majority (McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache and Binnie JJ.) concluded that the Customs legislation was valid but

La Cour était toutefois partagée sur la question de la réparation. Les juges majoritaires (la juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache et Binnie) ont conclu

its administration by Canada Customs was deeply flawed. Systemic problems within the bureaucracy could and should, it was held, be addressed at the bureaucratic level. However, the fact that it had taken six years for the case to reach our Court meant the evidence before us was already six years out of date. The Minister of Justice assured the Court that the systemic problems had been properly addressed as of the date of our hearing. Because of the staleness of the evidence, the majority declined at para. 157 to grant a structured s. 24(1) remedy:

We are told that in the past six years, Customs has addressed the institutional and administrative problems encountered by the appellants. In the absence of more detailed information as to what precisely has been done, and the extent to which (if at all) it has remedied the situation, I am not prepared to endorse my colleague's conclusion that these measures are "not sufficient" (para. 262) and have offered "little comfort" (para. 265). . . .

118 It was anticipated, however, that there could well be follow-up litigation if, in fact, the systemic problems condemned by all three levels of court continued. According to the majority:

A more structured s. 24(1) remedy might well be helpful but it would serve the interests of none of the parties for this Court to issue a formal declaratory order based on six-year-old evidence supplemented by conflicting oral submissions and speculation on the current state of affairs. The views of the Court on the merits of the appellants' complaints as the situation stood at the end of 1994 are recorded in these reasons and those of my colleague Iacobucci J. These findings should provide the appellants with a solid platform from which to launch any further action in the Supreme Court of British Columbia should they consider that further action is necessary. [para. 158]

119 The minority (Iacobucci, Arbour and LeBel JJ.) joined in the condemnation of Customs' practices but proposed a more drastic remedy, namely to declare the relevant Tariff Item to be of no force and effect (para. 283) and thereby to eliminate the

que la législation douanière était valide mais que son application par Douanes Canada comportait de profondes lacunes. Selon eux, les problèmes systémiques de la bureaucratie pouvaient et devaient être réglés au niveau bureaucratique. Toutefois, comme l'affaire avait mis six ans à parvenir à notre Cour, la preuve dont nous étions saisis remontait déjà à plus de six ans. Le ministre de la Justice a assuré la Cour que les problèmes systémiques étaient réglés correctement au moment de l'audience. À cause du caractère peu récent de la preuve, les juges majoritaires ont refusé, au par. 157, d'accorder une réparation structurée en vertu du par. 24(1) :

On nous dit qu'au cours des six dernières années, les Douanes ont corrigé les problèmes institutionnels et administratifs éprouvés par les appelants. En l'absence de données plus précises sur ce qui a été fait exactement et sur la mesure dans laquelle on a ainsi remédié à la situation (si tant est qu'on l'a fait), je ne suis pas prêt à souscrire à la conclusion de mon collègue selon laquelle ces mesures ne sont « pas suffisantes » (par. 262) et ne sont pas d'un « grand secours » (par. 265). . .

On s'attendait cependant à ce que d'autres procédures suivent si, en réalité, les problèmes systémiques réprouvés par les trois instances judiciaires persistaient. Les juges majoritaires ont ajouté ceci :

Le fait de prononcer une réparation plus structurée en vertu du par. 24(1) pourrait bien être utile, mais il ne servirait les intérêts d'aucune des parties que notre Cour rende une ordonnance déclaratoire formelle sur la foi d'une preuve vieille de six ans, complétée par des plaidoiries contradictoires et des conjectures quant à l'état actuel de la situation. Les vues de notre Cour sur le fond des plaintes des appelants, au regard de la situation qui existait à la fin de 1994, sont exprimées dans les présents motifs et dans ceux de mon collègue le juge Iacobucci. Ces constatations devraient fournir aux appelants des assises solides, susceptibles de fonder toute autre action qu'ils estimeraient nécessaire d'intenter devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. [par. 158]

Les juges dissidents (les juges Iacobucci, Arbour et LeBel), qui réprouvaient eux aussi les pratiques douanières, préconisaient une réparation beaucoup plus draconienne : déclarer inopérant le code tarifaire (par. 283) et supprimer ainsi le pouvoir légal

statutory authority of Customs officials to detain at the border *any* material they allege to be obscene:

Particularly in a case like the one before us, where there is an extensive record of the improper detention of non-obscene works, the only choice to ensure full protection of the constitutional rights at stake is to invalidate the legislation and invite Parliament to remedy the constitutional infirmities. [Emphasis added; para. 167.]

The present application for advance costs comes before us precisely because the appellant says that the Minister's assurances proved empty in practice, that the systemic abuses established in the earlier litigation have continued, and that (in its view) Canada Customs has shown itself to be unwilling to administer the Customs legislation fairly and without discrimination. Of course there are two sides to the story. Although for good reason the majority declined to strike down the legislation, it was never doubted that Customs has been given a difficult job to do by Parliament, and that solutions to entrenched problems would take time to put in place. The question of public importance is this: was the Minister as good as his word when his counsel assured the Court that the appropriate reforms had been implemented? The chambers judge, from whose decision the present appeal has been taken, concluded that Little Sisters had established a *prima facie* case that the promised reforms had *not* been implemented.

B. *The Appellant's Four Books Appeal*

As noted by my colleagues, the present application arises out of the detention by Canada Customs of four books sought to be imported by the appellant. By originating Notice of Appeal dated February 13, 2002, the appellant sought the following orders pursuant to s. 67 as modified by s. 71 of the *Customs Act*:

1. A declaration pursuant to s. 24 of the [*Charter* that relevant provisions of the *Customs Tariff* and

des fonctionnaires des douanes de retenir à la frontière *tout* matériel qu'ils qualifient d'obscène :

Plus particulièrement dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis, où il y a de nombreux antécédents de retenue irrégulière d'ouvrages non obscènes, la seule façon d'assurer la protection complète des droits constitutionnels en jeu est d'invalidier les dispositions législatives contestées et d'inviter le Parlement à remédier aux atteintes à la Constitution. [Je souligne; par. 167.]

La présente demande de provision pour frais nous est soumise précisément parce que l'appelante soutient que les assurances données par le ministre se sont révélées vaines en pratique, que les abus systémiques dont l'existence a été établie dans l'instance antérieure se sont poursuivis et que (selon elle) Douanes Canada ne s'est pas montré disposé à appliquer la législation douanière de manière équitable et non discriminatoire. Naturellement, il y a deux versions des faits. Bien que les juges majoritaires aient, pour de bonnes raisons, refusé d'invalidier les dispositions législatives en cause, on n'a jamais douté que le législateur a confié aux Douanes une tâche difficile et que les problèmes profondément enracinés seraient longs à corriger. La question d'importance pour le public est la suivante : le ministre donnait-il l'heure juste lorsque son avocat a assuré la Cour que les réformes appropriées avaient été mises en œuvre? La juge en chambre, dont la décision est à l'origine du présent pourvoi, a conclu que Little Sisters avait établi une preuve *prima facie* que les réformes promises n'avaient *pas* été mises en œuvre.

B. *L'appel de l'appelante concernant les quatre livres*

Comme l'ont souligné mes collègues, la présente demande découle de la retenue par Douanes Canada de quatre livres que l'appelante cherchait à importer. Par avis d'appel daté du 13 février 2002, l'appelante a sollicité les ordonnances suivantes conformément à l'art. 67 modifié par l'art. 71 de la *Loi sur les douanes* :

[TRADUCTION]

1. un jugement fondé sur l'art. 24 de la [*Charte*, déclarant que les dispositions pertinentes du *Tarif*

Customs Act] have been construed and applied in a manner contrary to s. 2(b) and [s.] 15(1) of the *Charter*;

2. An injunction restraining Customs from applying and administering [these provisions] to goods of Little Sisters Book and Art Emporium permanently or until such time as there is no risk that the unconstitutional administration will continue;
3. Damages, including aggravated and punitive damages;
4. Special or increased costs;
5. Such further relief

The *Charter* and “systemic” issues were therefore part of the proceedings from the outset. Little Sisters says that in the course of examinations for discovery it became convinced that the banning of the four books showed little had changed in the Customs treatment of gay and lesbian literature. It then sought to broaden greatly the scope of the inquiry by way of the so-called “Systemic Review”.

122

The four books remain banned. Other books sought to be imported by Little Sisters have been detained and released only after the cost and delay of a challenge. Some of the banned material consists of comics but at least one of the books is described as “a paperback compilation of short stories originally published in *Bound & Gagged* magazine between 1993-1997” (*Of Men, Ropes & Remembrance* (1997), on copyright page). As counsel for the appellant acknowledges, much of this material is “not . . . for the faint of heart” (A.F., at para. 95). In the end, a court may conclude that the books *are* obscene within the meaning of s. 163(8) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The result cannot be pre-judged either way. But the chambers judge concluded that the Little Sisters’ complaint has *prima facie* merit, stating:

. . . an administrative review to determine if the systemic changes as identified by [*Little Sisters No. 1*] have, in fact been made, is appropriate. There is a *prima*

des douanes et de la *Loi sur les douanes*] ont été interprétées et appliquées d’une manière contraire à l’al. 2b) et au par. 15(1) de la *Charte*;

2. une injonction interdisant aux Douanes d’appliquer [ces dispositions] à des marchandises de Little Sisters Book and Art Emporium de façon permanente ou jusqu’à ce que disparaisse le risque d’application inconstitutionnelle de ces dispositions;
3. des dommages-intérêts, y compris des dommages-intérêts majorés et punitifs;
4. des dépens spéciaux ou majorés;
5. toute autre réparation

Les questions relatives à la *Charte* et les questions « systémiques » faisaient donc partie intégrante de l’instance dès le départ. Little Sisters affirme que les interrogatoires préalables l’ont convaincue que l’interdiction des quatre livres démontrait que la façon dont les Douanes traitaient la littérature gaie et lesbienne avait peu changé. Elle a donc cherché à élargir considérablement la portée de l’examen au moyen de la soi-disant « révision systémique ».

Les quatre livres sont encore interdits. D’autres livres que Little Sisters voulait importer ont été retenus, puis dédouanés seulement à la suite d’une contestation longue et coûteuse. Certains livres retenus sont des bandes dessinées, mais au moins l’un de ceux-ci est décrit comme [TRADUCTION] « une compilation en format de poche de nouvelles publiées initialement dans la revue *Bound & Gagged* entre 1993 et 1997 » (*Of Men, Ropes & Remembrance* (1997), sur la page des droits d’auteur). Comme le reconnaît l’avocat de l’appelante, une bonne partie de ce matériel ne s’adresse [TRADUCTION] « pas [. . .] aux petites natures » (m.a., par. 95). Il se peut qu’un tribunal conclue, en définitive, que les livres *sont* obscènes au sens du par. 163(8) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. On ne saurait préjuger du résultat ni dans un sens ni dans l’autre. Toutefois, la juge en chambre a décidé que la plainte de Little Sisters était fondée à première vue, en affirmant ceci :

[TRADUCTION] . . . il convient de procéder à une révision administrative qui permettra de déterminer si les changements systémiques décrits [dans l’arrêt *Little*

facie case to suggest they have not been sufficiently addressed.

((2004), 31 B.C.L.R. (4th) 330, 2004 BCSC 823, at para. 59)

Book censorship has long been considered particularly offensive to civil liberties:

The freedom to write books, and thus to disseminate ideas, opinions, and concepts of the imagination — the freedom to treat with complete candour of an aspect of human life and the activities, aspirations and failings of human beings — these are fundamental to progress in a free society. In my view of the law, such freedom should not, except in extreme circumstances, be curtailed. . . .

(*R. v. C. Coles Co.*, [1965] 1 O.R. 557 (C.A.), at p. 563, dismissing obscenity charges in relation to *Fanny Hill — Memoirs of a Woman of Pleasure*)

The majority said in *Little Sisters No. 1* in relation to banning books at the border:

The evidence is that Customs officials failed in general to deal properly with books. Few, if any, were read in their entirety. The usual procedure was for a Customs official to thumb through the pages of a book and as soon as three passages replicating material considered to be obscene under Memorandum D9-1-1 were identified in the text the book was deemed obscene and prohibited. The procedure would be clearly inadequate in all but the most egregious cases. No attempt was made to gain an impression of the book as a whole on which “artistic merit” *could* be assessed. [Emphasis in original; para. 96.]

The minority also expressed particular concern about the apparent unwillingness or inability of Customs officials to deal responsibly with books, *per* Iacobucci J., at para. 196:

I also wish to make it absolutely clear that a book must be read in its entirety when determining whether or not it is obscene. . . .

Sisters n° 1] ont effectivement été apportés. Une preuve *prima facie* indique qu'on ne s'est pas suffisamment employé à les apporter.

((2004), 31 B.C.L.R. (4th) 330, 2004 BCSC 823, par. 59)

On considère depuis longtemps que la censure littéraire est particulièrement attentatoire en matière de libertés civiles :

[TRADUCTION] La liberté d'écrire des livres et, par conséquent, celle de diffuser des idées, opinions et autres fruits de l'imagination — la liberté de traiter sans retenue d'un aspect de la vie humaine et des activités, des aspirations et des faiblesses des êtres humains — sont fondamentales pour le progrès dans une société libre. Selon ma vision du droit, cette liberté ne devrait pas être restreinte, sauf dans des circonstances extrêmes. . . .

(*R. c. C. Coles Co.*, [1965] 1 O.R. 557 (C.A.), p. 563, rejetant des accusations d'obscénité concernant *Fanny Hill — Memoirs of a Woman of Pleasure*)

Dans l'arrêt *Little Sisters n° 1*, les juges majoritaires se sont exprimés ainsi au sujet de l'interdiction de livres à la frontière :

Il ressort de la preuve que les fonctionnaires des douanes ont été en général incapables de bien évaluer les livres. Peu sinon aucun des livres ont été lus en entier. Selon la procédure habituellement suivie, l'agent feuilletait le livre et, dès que trois passages correspondant à du matériel considéré obscène au regard du Mémoire D9-1-1 étaient repérés dans le texte, le livre était réputé obscène et prohibé. Cette procédure est clairement inadéquate sauf dans les cas d'obscénité les plus flagrants. Aucun effort n'était fait pour dégager du livre dans son ensemble une impression *permettant* d'en apprécier « la valeur artistique ». [En italique dans l'original; par. 96.]

Les juges dissidents aussi se sont dits particulièrement préoccupés par la réticence ou l'inaptitude apparente des fonctionnaires des douanes à traiter les livres de manière responsable (le juge Iacobucci, par. 196) :

Je désire aussi qu'il soit absolument clair qu'un livre doit être lu au complet lorsqu'on détermine s'il est obscène ou non. . . .

123

124

125

- 126 The appellant's position is that while the books are different the problems are the same problems that have troubled every court that dealt with *Little Sisters No. 1*. There is no doubt that the Customs legislation, while valid, is open to abuse. The appellant contends that the pattern of discrimination and abuse of freedom of expression documented in *Little Sisters No. 1* has continued and that the ban of the four books in issue demonstrate that Little Sisters won the battle but is losing the subsequent bureaucratic war. My colleagues Bastarache and LeBel JJ. write that "Simply put, the appellant's direct interest in this litigation disappears if its books are released — something that it seeks to achieve uniquely through the Four Books Appeal" (para. 58). I do not agree. The four books in question here will be followed by other importations of gay and lesbian erotica and no doubt other book bans. A flawed procedure can from time to time produce a correct result just as a good procedure can produce mistakes. For that reason, as will be seen, the Crown agreed that the Notice of Appeal under the Act properly initiated an enquiry into the Customs process that was followed as well as the result and the reasons arrived at for the ban in these cases. As counsel for the Crown acknowledged at the hearing before us, "it would make sense, given the breadth of the powers of the court [under s. 67], that it is possible to look past simply the end result" (transcript, at p. 82).
- L'appelante soutient que, bien que les livres soient différents, les problèmes sont les mêmes que ceux qui ont préoccupé tous les tribunaux ayant instruit l'affaire *Little Sisters n° 1*. Il est indubitable que, bien qu'elle soit valide, la législation douanière prête le flanc aux abus. L'appelante prétend que le comportement discriminatoire et les atteintes à la liberté d'expression relevés dans l'arrêt *Little Sisters n° 1* persistent et que l'interdiction des quatre livres en cause démontre que, même si Little Sisters a gagné la bataille, elle est en train de perdre la guerre bureaucratique. Selon mes collègues les juges Bastarache et LeBel, « [b]ref, l'appelante n'aura plus d'intérêt direct dans la présente instance si ses livres sont dédouanés — ce qu'elle cherche à obtenir uniquement au moyen de l'appel concernant les quatre livres » (par. 58). Je ne suis pas de cet avis. D'autre matériel érotique gai et lesbien sera importé après les quatre livres en cause et, sans aucun doute, d'autres livres seront interdits. Une méthode déficiente peut parfois produire un bon résultat tout comme une bonne méthode peut engendrer des erreurs. C'est pourquoi, comme nous le verrons, la Couronne a convenu que l'avis d'appel fondé sur la Loi a déclenché à bon droit une enquête sur le processus douanier suivi de même que sur le résultat et les raisons ayant justifié l'interdiction dans ces cas. Comme l'avocat de la Couronne l'a reconnu à l'audience devant notre Cour, [TRADUCTION] « il serait logique, compte tenu de l'ampleur des pouvoirs du tribunal [en vertu de l'art. 67], de pouvoir pousser l'analyse au-delà du simple résultat final » (transcription, p. 82).
- 127 Canada is committed to freedom of expression, to non-discrimination and to government conducted according to law. The issues raised by Little Sisters are of pressing public interest.
- Le Canada adhère aux principes de liberté d'expression, de non-discrimination et d'État de droit. Little Sisters soulève des questions d'intérêt public urgentes.
- C. *The Appellant's Application for Advance Costs*
- C. *La demande de provision pour frais présentée par l'appelante*
- 128 It is against this background that the appellant's current application must be addressed. This case, as the chambers judge (who is also the case management judge) correctly observed, is about *Charter* compliance. I therefore do not agree with the assertion of my colleagues Bastarache and LeBel JJ. that
- C'est dans ce contexte qu'il faut examiner la demande actuelle de l'appelante. Comme l'a souligné à juste titre la juge en chambre (qui est également responsable de la gestion de l'instance), la présente affaire porte sur le respect de la *Charte*. Je ne puis donc souscrire à l'affirmation de mes

the appellant's case should be analysed in business terms. They write:

Yet, the Four Books Appeal is extremely limited in scope. The appellant has advanced no evidence suggesting that these four books are integral, or even important, to its operations; furthermore, . . . book sales represent only 30 to 40 percent of its operations. [para. 52]

It can be stated with absolute confidence that there is no “business case” that could possibly justify Little Sisters’ continuation of its battle with Canada Customs. The chambers judge noted that the Four Books Appeal involves only a few dozen individual copies. The profit on the sale of those books would not pay for half an hour of the appellant’s lawyer’s time. The Four Books Appeal necessarily comprises four obscenity cases in one combined with an examination of how those obscenity determinations came to be made by Canada Customs. This fight is not just about four books. As was the case in *Little Sisters No. 1*, the real fight is about alleged systemic discrimination *exemplified* by the Four Books Appeal. As stated, the Crown concedes that the systemic issues are to be explored to some extent in the Four Books Appeal. The chambers judge’s order of February 6, 2003 noted the concession:

6. The Appellant’s application for an order compelling answers on examination for discovery is adjourned generally, save for the part of the application with respect to “the process that was followed and the reasons that the Comic Books (*Meatmen*, Volume 18, Special S&M Comics Edition and volume 24, Special SM Comics Edition) were determined to be obscene” which is granted by consent; [Emphasis added.]

The Crown has deep pockets and there is no reason to think the present contest will be any less fiercely

collègues les juges Bastarache et LeBel selon laquelle la preuve de l’appelante doit être analysée dans une perspective commerciale. Ceux-ci écrivent :

Pourtant, l’appel concernant les quatre livres conserve une portée extrêmement limitée. L’appelante n’a présenté aucun élément de preuve indiquant que ces quatre livres font partie intégrante de ses activités ou même qu’ils sont importants pour celles-ci; de plus, [. . .] les ventes de livres ne représentent que 30 à 40 pour 100 de ses activités. [par. 52]

On peut affirmer sans crainte de se tromper qu’aucun « argument d’ordre commercial » ne saurait justifier la poursuite de la bataille que Little Sisters livre à Douanes Canada. La juge en chambre a souligné que l’appel concernant les quatre livres ne vise que quelques douzaines d’exemplaires. Le profit tiré de la vente de ces livres ne permettrait pas de payer une demi-heure du temps de l’avocat de l’appelante. L’appel concernant les quatre livres réunit nécessairement quatre affaires d’obscénité auxquelles se greffe l’examen de la façon dont Douanes Canada en est venu à décider que les livres en question étaient obscènes. La présente bataille ne concerne pas seulement quatre livres. Tout comme dans l’arrêt *Little Sisters n° 1*, la vraie bataille porte sur la présumée discrimination systémique que *met en lumière* l’appel concernant les quatre livres. Comme nous l’avons vu, la Couronne concède que l’appel concernant les quatre livres nécessite un certain examen des questions systémiques. L’ordonnance rendue par la juge en chambre le 6 février 2003 fait état de cette concession :

[TRADUCTION]

6. La demande de l’appelante visant à obtenir une ordonnance enjoignant de donner des réponses lors de l’interrogatoire préalable est suspendue pour une période indéterminée, sauf pour ce qui est de la partie concernant « le processus suivi pour déclarer les bandes dessinées obscènes (*Meatmen*, volume 18, Special S&M Comics Edition, et volume 24, Special SM Comics Edition), et les raisons qui sous-tendent cette décision », qui est accueillie avec le consentement des parties; [Je souligne.]

La Couronne dispose de ressources considérables et il n’y a aucune raison de penser que la présente

fought than the last. Both parties have already advised the case management judge of their intention to call extensive expert evidence, which is itself a major expense.

129

The government is in effect being accused of fighting a war of attrition. Today four books, tomorrow another four books. Litigation follows litigation until the rational businessperson is forced to throw in the towel. This is how civil liberties can be eroded, little by little, yielded in small increments that case by case are not worth the cost of the fight. It takes an unbusinesslike litigant like Little Sisters to elbow aside purely financial considerations (to the extent it can) and carry on what it sees as unfinished *Charter* business against the government. Having done so successfully and at its own expense in *Little Sisters No. 1*, it asks the court for an exceptional order of advance costs to make good the victory it thought it had won in *Little Sisters No. 1*. Little Sisters may be right or it may be wrong in its allegations, but its motive can hardly be financial, and its claim to advance costs should not be assessed on that basis.

D. *The “Four Books Appeal” Versus the “Systemic Review”*

130

It is difficult to assess the scope of the appellant’s proposed “Systemic Review” because there are no pleadings. This is so, at least in part, because the Crown insists that Little Sisters must utilize the appeal procedures under the *Customs Act* rather than proceeding by way of an ordinary action. However, as described by appellant’s counsel, the proposal for a “Systemic Review” seems to approximate a privately initiated public enquiry into the workings of Canada Customs, not only with respect to the appellant’s problems, but with respect to those of other importers in similar lines of business as well. The appellant’s attempt to assume the role of a private Attorney General operating on public funds, or to escalate the Four

bataille sera moins féroce que la précédente. Les deux parties ont déjà informé la juge responsable de la gestion de l’instance qu’elles entendent présenter une abondante preuve d’expert, ce qui représente en soi une dépense importante.

En fait, le gouvernement est accusé de se livrer à une guerre d’usure. Quatre livres aujourd’hui, quatre autres demain. Les litiges se succédant jusqu’à ce que le commerçant raisonnable soit contraint de baisser les bras. Voilà comment les libertés civiles peuvent être minées peu à peu et subir de légers reculs qui, individuellement, ne valent pas le coût de la bataille. Il faut une partie non mercantile comme Little Sisters pour écarter les considérations purement financières (autant qu’elle peut se le permettre) et poursuivre ce qu’elle considère comme un litige inachevé avec le gouvernement au sujet de la *Charte*. Après avoir mené cette lutte avec succès et à ses propres frais dans l’affaire *Little Sisters n° 1*, elle demande maintenant aux tribunaux de rendre une ordonnance exceptionnelle, à savoir une provision pour frais concrétisant la victoire qu’elle pensait avoir remportée dans cette affaire. Peu importe que Little Sisters ait tort ou raison, les motifs qui la poussent à formuler ses allégations ne sont guère financiers, et sa demande de provision pour frais ne devrait pas être appréciée sur cette base.

D. *L’« appel concernant les quatre livres » par opposition à la « révision systémique »*

Il est difficile d’évaluer la portée de la « révision systémique » proposée par l’appelante en raison de l’absence d’actes de procédure. Cette situation est attribuable, en partie du moins, au fait que la Couronne exige que Little Sisters recoure à la procédure d’appel prévue par la *Loi sur les douanes* au lieu de procéder par voie d’action ordinaire. Toutefois, telle qu’elle est décrite par l’avocat de l’appelante, la « révision systémique » proposée semble correspondre à une enquête publique d’origine privée sur les activités de Douanes Canada, non seulement en ce qui concerne les problèmes de l’appelante, mais également en ce qui concerne ceux d’autres importateurs œuvrant dans des secteurs similaires. La Cour d’appel de la

Books Appeal into a sort of informal class action without bothering to certify the class, was rightly rejected by the B.C. Court of Appeal. Courts exist to resolve defined issues between litigants. Public enquiries are initiated elsewhere. Nevertheless, the appellant's allegations, if shown to be true, mean that it has suffered special damage as a result of a systemic failure of Canada Customs to respect the constitutional rights of readers and writers as well as importers. The public has an interest in whether or not its government respects the law and operates in relation to its citizens in a non-discriminatory fashion. That is where the interest of this litigation transcends the interests of the appellant.

I agree with Thackray J.A. that the so-called Systemic Review is an impermissible expansion of the Four Books Appeal, but I think the courts are quite capable of keeping the Four Books Appeal within proper bounds. I also agree with him that what is of importance to the public now are the procedures that were used to evaluate obscenity at the time these books were banned, not the history of the speed at which those procedures were modified following *Little Sisters No. 1*.

My colleagues Bastarache and LeBel JJ. state that:

It is the Four Books Appeal that lies at the heart of the appellant's claim against Customs; the Systemic Review is simply an attempt by the appellant to investigate Customs' practices independently of this context. [para. 58]

Strictly speaking, of course, there is no such proceeding as the "Systemic Review" outside the wish list of appellant's counsel. There is only one proceeding before the Court and it is for the relief claimed in the originating Notice of Appeal dated February 13, 2002 (as expanded from two to four books). The Four Books Appeal provides

Colombie-Britannique a rejeté à bon droit la tentative de l'appelante de jouer un rôle de procureur général privé financé par les deniers publics ou de transformer l'appel en une sorte de recours collectif officieux sans se soucier d'obtenir l'autorisation nécessaire. Les tribunaux sont là pour trancher des questions précises opposant des parties. Les enquêtes publiques trouvent leur origine ailleurs. Cependant, si elles s'avèrent, les allégations de l'appelante signifieront que le défaut systémique de Douanes Canada de respecter les droits constitutionnels des lecteurs, des écrivains et des importateurs lui a causé un préjudice particulier. La population a le droit de savoir si son gouvernement respecte la loi et traite ses citoyens d'une manière non-discriminatoire. C'est là que l'intérêt du présent litige dépasse le cadre des intérêts de l'appelante.

Je souscris à l'opinion du juge Thackray selon laquelle la soi-disant révision systémique élargit de manière inacceptable la portée de l'appel concernant les quatre livres, mais j'estime que les tribunaux sont tout à fait capables de contenir cet appel dans les limites qui s'imposent. Je conviens également avec lui que ce qui revêt maintenant de l'importance pour le public ce sont les méthodes qui ont été utilisées pour évaluer l'obscénité à l'époque où les livres en cause ont été interdits et non la célérité avec laquelle ces méthodes ont été modifiées à la suite de l'arrêt *Little Sisters n^o 1*.

Mes collègues les juges Bastarache et LeBel affirment ceci :

C'est l'appel concernant les quatre livres qui se situe au cœur de l'action que l'appelante a intentée contre les Douanes; la révision systémique ne représente qu'une simple tentative de l'appelante d'enquêter sur les pratiques des Douanes indépendamment du présent contexte. [par. 58]

À proprement parler, la « révision systémique » n'existe certes que dans la liste de ce que souhaite obtenir l'avocat de l'appelante. Il n'y a qu'une seule instance devant la Cour et elle vise à obtenir la réparation sollicitée dans l'avis d'appel du 13 février 2002 (qui vise désormais quatre livres au lieu de deux). L'appel concernant les quatre livres

131

132

133

the appellant with an opportunity to explore, within a limited context, the process under which the importation of these four books was banned, and to that extent provides an opportunity for the systemic issues to be canvassed. The floating by appellant's counsel of a more ambitious idea for a Systemic Review does not empty the originating Notice of Appeal of its original content or in any way restrict or expand its ambit. The Notice of Appeal stands unamended. That is the only application for which advance costs can properly be sought.

E. *The Requirements for Advance Costs*

134 The courts have always exercised a broad discretion in the matter of costs. Although the appellant made its application pursuant to (and apparently because of) this Court's decision in *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, 2003 SCC 71, *Okanagan* is illustrative rather than exhaustive of a broader costs jurisdiction.

135 It is true that an order for advance costs should not be made where a lesser costs order would suffice, such as protective costs orders, which ensure that plaintiffs or applicants in public interest litigation do not have costs orders made against them at the conclusion of proceedings. Here the immediate problem is not the possibility of a calamitous post-trial award of costs. The problem is to get the case to trial in the first place.

136 It is also true that a party seeking advance costs must provide evidence that it has exhausted all realistic alternative avenues to fund its case including, where appropriate, legal aid, *pro bono* representation, contingency fees, private fundraising efforts and class action certification.

137 Further, I agree with my colleagues that an award of advance costs must be rare and exceptional and granted only in "special cases" where it

donne à l'appelante la possibilité d'étudier, dans un contexte limité, le processus en vertu duquel l'importation de ces quatre livres a été interdite et permet, dans cette mesure, d'examiner les questions systémiques. L'idée plus ambitieuse de la révision systémique lancée par l'avocat de l'appelante ne dépouille pas l'avis d'appel de son contenu initial et n'a pas non plus pour effet d'en restreindre ou d'en élargir la portée. L'avis d'appel demeure inchangé. C'est la seule demande pour laquelle une provision pour frais peut être sollicitée à bon droit.

E. *Les conditions d'une provision pour frais*

Les tribunaux ont toujours exercé un vaste pouvoir discrétionnaire en matière de dépens. Bien que l'appelante ait présenté sa demande sur la foi (et manifestement par suite) de l'arrêt de notre Cour Colombie-Britannique (*Ministre des Forêts*) c. *Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371, 2003 CSC 71, cet arrêt constitue davantage un exemple d'exercice d'une compétence générale en matière de dépens qu'une analyse exhaustive de la question.

Il est vrai qu'il n'y a pas lieu d'ordonner le versement d'une provision pour frais dans le cas où une ordonnance moins onéreuse en matière de dépens suffirait, par exemple une ordonnance d'exemption de dépens, qui garantit aux demandeurs dans un litige d'intérêt public qu'ils ne seront pas condamnés aux dépens à l'issue de l'instance. En l'espèce, toutefois, le problème concret n'est pas le risque d'une condamnation aux dépens désastreuse à l'issue du procès, mais la tenue même d'un procès.

Il est également vrai que la partie qui sollicite une provision pour frais doit prouver qu'elle a épuisé toutes les autres possibilités réalistes de financement, dont l'aide juridique, la représentation par avocat bénévole, les honoraires conditionnels, les levées de fonds privées et l'autorisation de recours collectif, selon le cas.

En outre, je conviens avec mes collègues que l'ordonnance accordant une provision pour frais doit être une mesure rare et exceptionnelle et

is necessary in the public interest. In light of *Little Sisters No. 1*, I consider this to be a special case.

Okanagan established a three-part threshold, each of which must be demonstrated to give the trial judge the discretion to make the award in “special” cases, *per* LeBel J., at para. 40:

1. The party seeking interim costs genuinely cannot afford to pay for the litigation, and no other realistic option exists for bringing the issues to trial — in short, the litigation would be unable to proceed if the order were not made.
2. The claim to be adjudicated is *prima facie* meritorious; that is, the claim is at least of sufficient merit that it is contrary to the interests of justice for the opportunity to pursue the case to be forfeited just because the litigant lacks financial means.
3. The issues raised transcend the individual interests of the particular litigant, are of public importance, and have not been resolved in previous cases.

Although Thackray J.A. seemed to doubt whether an entity that seeks to earn a profit could qualify for advance costs ((2005), 38 B.C.L.R. (4th) 288, 2005 BCCA 94, at para. 41), I agree with the intervener Canadian Bar Association that “there is no principled reason to find that public and private interests cannot co-exist in a case that is deserving of advance costs” and that “the public interest must be clearly served by the litigation, but it does not have to operate to the exclusion of other interests” (factum, at para. 5). The Attorney General of British Columbia seems to agree (factum, at para. 11). In *Okanagan* itself, the band had a private financial interest in the assertion of its claimed logging rights.

As did my colleagues, I will address each of the three conditions precedent.

n’être rendue que dans les « cas particuliers » où l’intérêt public l’exige. Compte tenu de l’arrêt *Little Sisters n° 1*, j’estime que la présente affaire est un cas particulier.

L’arrêt *Okanagan* a établi trois conditions préalables dont l’existence doit être démontrée pour que le juge de première instance ait le pouvoir discrétionnaire d’accorder une provision pour frais dans des cas « particuliers » (le juge LeBel, par. 40) :

1. La partie qui demande une provision pour frais n’a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige et ne dispose réalistement d’aucune autre source de financement lui permettant de soumettre les questions en cause au tribunal — bref, elle serait incapable d’agir en justice sans l’ordonnance.
2. La demande vaut *prima facie* d’être instruite, c’est-à-dire qu’elle paraît au moins suffisamment valable et, de ce fait, il serait contraire aux intérêts de la justice que le plaideur renonce à agir en justice parce qu’il n’en a pas les moyens financiers.
3. Les questions soulevées dépassent le cadre des intérêts du plaideur, revêtent une importance pour le public et n’ont pas encore été tranchées.

Bien que le juge Thackray ait semblé douter qu’une entité à but lucratif puisse avoir droit à une provision pour frais ((2005), 38 B.C.L.R. (4th) 288, 2005 BCCA 94, par. 41), je souscris à l’opinion de l’intervenante l’Association du Barreau canadien, selon laquelle [TRADUCTION] « il n’y a aucune raison de principe de conclure que des intérêts publics et privés ne peuvent pas coexister dans une affaire où une provision pour frais est justifiée » et « l’instance doit clairement servir l’intérêt public, mais pas nécessairement à l’exclusion de tout autre intérêt » (mémoire, par. 5). Le procureur général de la Colombie-Britannique semble être du même avis (mémoire, par. 11). Dans l’affaire *Okanagan* elle-même, la bande indienne avait un intérêt financier privé dans la revendication de ses droits d’exploitation forestière.

À l’instar de mes collègues, j’examinerai chacune des trois conditions préalables.

138

139

140

1. The Appellant Genuinely Cannot Afford to Pay for the Litigation, and No Other Realistic Option Exists for Bringing the Issues to Trial — In Short, the Litigation Would Be Unable to Proceed if the Order Were Not Made

141

Whether or not an applicant “genuinely cannot afford to pay for the litigation” is a question of fact. After a four-day hearing and consideration of extensive financial material, the chambers judge made the following observation:

I propose to deal with the financial aspect of the litigation first. The Commissioner submits that I should limit this case to the appeal. If I do that, then says the Commissioner, Little Sisters can afford to bring that aspect of the litigation.

I disagree. Appeals from prohibitions are rarely brought to court, no doubt because the cost is prohibitive. Little Sisters intends to call expert evidence, as does the Commissioner, to establish the factual foundation for their respective arguments. [Emphasis added; paras. 18-19.]

She concluded that Little Sisters, with its resources in part depleted by the earlier litigation, could not afford to bring even the Four Books Appeal to trial. The appellant says that it realized it could not afford the litigation when Customs filed six expert affidavits in the Four Books Appeal itself. The chambers judge made strong findings of fact on the issue of lack of means:

Having reviewed the evidence, it is clear that Little Sisters cannot genuinely afford to pay for this litigation, or any reasonable aspect of it.

. . .

I conclude that Little Sisters meets the first requirement of *Okanagan Indian Band*, regardless of the scope of the litigation. [Emphasis added; paras. 22 and 25.]

1. L'appelante n'a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige et ne dispose réalistement d'aucune autre source de financement lui permettant de soumettre les questions en cause au tribunal — bref, elle serait incapable d'agir en justice sans l'ordonnance

La question de savoir si un demandeur « n'a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige » est une question de fait. À l'issue d'une audience de quatre jours et après avoir examiné de nombreux documents financiers, la juge en chambre a formulé l'observation suivante :

[TRADUCTION] Je compte examiner d'abord l'aspect financier du litige. Le commissaire soutient que je devrais limiter l'instance à l'objet de l'appel. Il a ajouté que, si je fais cela, Little Sisters a les moyens de financer le litige.

Je ne suis pas de cet avis. Il est rare que les interdictions fassent l'objet d'un appel devant les tribunaux, sans doute en raison du coût prohibitif d'un tel recours. Little Sisters et le commissaire entendent présenter une preuve d'expert destinée à établir le fondement factuel de leurs arguments respectifs. [Je souligne; par. 18-19.]

La juge a conclu que Little Sisters, dont les ressources avaient été épuisées en partie par le litige antérieur, n'était même pas en mesure de financer l'appel concernant les quatre livres. L'appelante affirme qu'elle s'est rendu compte qu'elle n'avait pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige lorsque les Douanes ont déposé six affidavits d'expert dans le cadre même de l'appel concernant les quatre livres. La juge en chambre a tiré de solides conclusions de fait sur la question du manque de ressources :

[TRADUCTION] Il ressort clairement de la preuve que Little Sisters n'a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le présent litige ou par tout aspect raisonnable de celui-ci.

. . .

Je conclus que Little Sisters satisfait à la première exigence de l'arrêt *Bande indienne Okanagan*, quelle que soit la portée du litige. [Je souligne; par. 22 et 25.]

As does our Chief Justice (at para. 99), I accept the chambers judge's finding that the impecuniosity requirement is met. The chambers judge was satisfied that sources of alternate funding had been explored. This is not a case where a contingency fee is attractive to lawyers. Even an optimistic view of the damages that might be recovered is insufficient to justify the risk to a law firm of time and disbursements. Nor is this a case where settlement is possible. Customs has given as much ground as it is prepared to give. Thackray J.A. speculated that if this case were of general importance, members of the gay and lesbian community would support it financially, and so they have, but not enough. Speculation of at least equal value is that the supporters are suffering donor fatigue. If Little Sisters is correct that Customs has not changed its ways despite *Little Sisters No. 1* rational people may well conclude that "you can't fight City Hall" and put their money into more productive activities. Disillusionment with the capacity of the legal system to remedy *Charter* wrongs effectively is of public concern.

My colleagues Bastarache and LeBel JJ. assert that the impecuniosity requirement cannot be satisfied where "other litigation is pending [which] may be conducted for this same purpose, without requiring an interim order of costs" (para. 41). This is a legitimate consideration, but Customs is in the best position to know of such litigation, and has not disclosed any such cases. I do not believe the appellant should be called on to prove a negative when the party in the best position to raise such a concern — Customs — has not done so. In any event, on these particular facts, Little Sisters has taken on what it refers to as "Big Brother" for the past 12 years and I think it has earned the right to complete what the chambers judge considered to be a work in progress.

À l'instar de la Juge en chef (au par. 99), j'accepte la conclusion de la juge en chambre selon laquelle la condition du manque de ressources est remplie. La juge en chambre était convaincue que d'autres possibilités de financement avaient été examinées. La présente affaire n'est pas un cas où les honoraires conditionnels représentent une option intéressante pour un avocat. Même une perception optimiste des dommages-intérêts susceptibles d'être obtenus n'est pas suffisante pour justifier le risque auquel un cabinet d'avocats serait exposé sur les plans du temps et des débours. Il ne s'agit pas non plus d'une affaire où il y a possibilité de règlement. Les Douanes ont cédé tout le terrain qu'elles étaient disposées à céder. Le juge Thackray a supposé que si la présente affaire revêtait une importance générale, les membres de la communauté gaie et lesbienne l'appuieraient financièrement; ils l'ont fait, mais pas suffisamment. Une autre hypothèse, au moins tout aussi valable, est que les partisans de Little Sisters sont las de contribuer. Si Little Sisters a raison d'affirmer que les Douanes n'ont pas changé leurs méthodes en dépit de l'arrêt *Little Sisters n° 1*, des gens raisonnables peuvent bien conclure qu'« on ne peut rien contre l'administration » et consacrer leur argent à des activités plus productives. La désillusion face à la capacité du système de justice de corriger efficacement les atteintes à la *Charte* est effectivement un sujet d'intérêt public.

Mes collègues les juges Bastarache et LeBel affirment que la condition du manque de ressources ne peut pas être remplie dans le cas où « une autre affaire visant les mêmes fins est en instance et peut se dérouler sans qu'il soit nécessaire de rendre une ordonnance accordant une provision pour frais » (par. 41). C'est là une considération légitime, mais les Douanes, qui sont les mieux placées pour connaître l'existence d'une telle affaire, n'en ont fait part d'aucune. Je ne crois pas que l'appelante devrait être appelée à prouver l'inexistence de quelque chose alors que la partie la mieux en mesure de soulever cette question — les Douanes — ne l'a pas fait. De toute façon, selon ces faits particuliers, Little Sisters s'en est prise à ce qu'elle appelle « Big Brother » au cours des 12 dernières années et j'estime qu'elle s'est méritée le droit de terminer ce que la juge en chambre a qualifié d'entreprise toujours en cours.

143 Over more than a decade, Little Sisters has borne the brunt of the battle on this branch of expression and equality rights. In 1996, it financed a two-month trial and two subsequent successful appeals to establish the existence of systemic *Charter* violations at Canada Customs. That case vindicated (at least in principle) the rights generally of the lesbian and gay community, not just Little Sisters. We are told that the costs award in *Little Sisters No. 1* covered only 60 percent or so of actual costs (A.F., at para. 51). The present issue is whether the rights established in principle have (or will) become rights in reality. In the circumstances, Little Sisters should not have to prove that there is no one else in Canada with a potential interest in the subject matter with pockets deep enough to take up the cause.

2. The Claim To Be Adjudicated Is *Prima Facie* Meritorious; That Is, the Claim Is at Least of Sufficient Merit That It Is Contrary to the Interests of Justice for the Opportunity To Pursue the Case To Be Forfeited Just Because the Litigant Lacks Financial Means

144 The courts below, while not prejudging the outcome, considered that the appellant had easily met this requirement. The chambers judge noted that Customs did not “strenuously oppose the granting of costs” on the ground of whether the claim is *prima facie* meritorious (para. 28). Similarly, the Court of Appeal said that Customs “raised, but did not press” this issue (para. 28). The chambers judge nevertheless addressed it in some detail, noting that the determinations of obscenity in issue are those of Ms. Anne Kline, who at the relevant time was the Customs official in Ottawa ultimately in charge of the obscenity determinations. Ms. Kline acknowledged on discovery that she does not recall *ever* having allowed an appeal based on artistic merit (A.R., at p. 2935, Q 3167). The chambers judge stated:

Depuis plus d’une décennie, Little Sisters fait les frais de la bataille concernant cet aspect de la liberté d’expression et du droit à l’égalité. En 1996, elle a financé un procès de deux mois — suivi de deux appels à l’issue desquels elle a eu gain de cause — afin d’établir l’existence de violations systémiques de la *Charte* chez Douanes Canada. Cette cause a confirmé (en principe du moins) les droits de la communauté gaie et lesbienne en général, et non seulement ceux de Little Sisters. On nous dit que les dépens accordés dans l’arrêt *Little Sisters n° 1* ne représentaient qu’environ 60 pour 100 des frais réellement engagés (m.a., par. 51). Il s’agit en l’espèce de décider si les droits dont l’existence a été établie en principe sont devenus (ou vont devenir) réalité. Dans les circonstances, Little Sisters ne devrait pas avoir à démontrer qu’il n’y a, au Canada, personne d’autre susceptible d’avoir un intérêt dans cette question et disposant des ressources suffisantes pour prendre le relais.

2. La demande vaut *prima facie* d’être instruite, c’est-à-dire qu’elle paraît au moins suffisamment valable et, de ce fait, il serait contraire aux intérêts de la justice que le plaideur renonce à agir en justice parce qu’il n’en a pas les moyens financiers

Sans préjuger de l’issue, les tribunaux d’instance inférieure ont estimé que l’appelante avait aisément rempli cette condition. La juge en chambre a souligné que les Douanes ne s’étaient pas [TRADUCTION] « farouchement opposées à l’attribution de dépens » en soulevant la question de savoir si la demande valait *prima facie* d’être instruite (par. 28). De même, la Cour d’appel a affirmé que les Douanes avaient [TRADUCTION] « soulevé [cette question], sans toutefois insister » (par. 28). La juge en chambre l’a néanmoins examinée avec soin, constatant que les déclarations d’obscénité en cause émanaient de M^{me} Anne Kline, qui à l’époque pertinente était, à Ottawa, la fonctionnaire des douanes chargée, en dernier ressort, de rendre les décisions en matière d’obscénité. En interrogatoire préalable, cette dernière a reconnu qu’elle ne se rappelait pas avoir *jamais* accueilli un appel fondé sur la valeur artistique (d.a., p. 2935, question 3167). La juge en chambre a affirmé :

With respect to the appeal, there is *prima facie* evidence that Ms. Kline may not be applying the *Butler* test correctly [*R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452]. For example, there is some evidence that Ms. Kline uses a “dirt for dirt’s sake” approach (cross-examination on affidavit Q. 516-517, 526-7) which was rejected by *Butler* at p. 492, para. 79. There is some evidence to suggest she may not be correctly applying the risk of harm test: See her Examination for Discovery Questions: 2107-2110. Further, there is evidence that Ms. Kline may not be correctly applying the “artistic merit” test. For example, she may not be considering some or all of the factors which define artistic merit: See *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2. [para. 29]

Further, the chambers judge added:

Unbeknownst to Little Sisters, Ms. Kline did not look at anything that was before the s. 58 arbitrators, including Little Sisters’ written submissions. [para. 30]

The Chief Justice agrees that the “*prima facie* merit” condition is met (para. 101) but our colleagues Bastarache and LeBel JJ. say that to establish *prima facie* merit an applicant must “prove that the interests of justice would not be served” were the action to fail to proceed for want of resources (para. 51). With respect, this conflates a *prima facie* merit test with the “interests of justice” test. A *prima facie* merit test avoids the need for pre-judgment and in my view is to be preferred. The potential for injustice should be addressed under the other factors, particularly at the residual discretion stage.

3. The Issues Raised Transcend the Individual Interests of the Particular Litigant, Are of Public Importance, and Have Not Been Resolved in Previous Cases

The appellant’s position of course is that the issues *ought* to have been resolved in *Little Sisters No. 1* but in the end were not. It seeks a structured s. 24(1) remedy on updated material which would

[TRANSLATION] Quant à l’appel, il existe une preuve *prima facie* que M^{me} Kline n’applique peut-être pas correctement le critère de l’arrêt *Butler* [*R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452]. Par exemple, il y a une preuve que M^{me} Kline utilise une méthode de « l’obscénité pour l’obscénité » (contre-interrogatoire sur affidavit, questions 516-517, 526-527) qui a été rejetée dans l’arrêt *Butler* (p. 492, par. 79). Une preuve indique qu’elle n’applique peut-être pas correctement le critère du risque de préjudice : voir les questions 2107-2110 de son interrogatoire préalable. Il y a, en outre, une preuve que M^{me} Kline n’applique peut-être pas correctement le critère de la « valeur artistique ». Par exemple, il se peut qu’elle ne tienne pas compte de tous les facteurs définissant la valeur artistique ou d’une partie de ces facteurs : voir *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2. [par. 29]

La juge en chambre a ajouté ceci :

[TRANSLATION] Sans que Little Sisters le sache, M^{me} Kline n’a rien consulté de ce qui avait été soumis aux décideurs agissant en vertu de l’art. 58, y compris les observations écrites de Little Sisters. [par. 30]

La Juge en chef reconnaît que la condition du « bien-fondé à première vue » est remplie (par. 101), mais nos collègues les juges Bastarache et LeBel affirment que, pour établir le bien-fondé à première vue, un demandeur doit « prouver qu’il ne serait pas conforme aux intérêts de la justice » qu’un manque de ressources empêche l’action de suivre son cours (par. 51). En toute déférence, cela revient à assimiler le critère du bien-fondé à première vue au critère des « intérêts de la justice ». Le critère du bien-fondé à première vue écarte la nécessité de préjuger et, à mon avis, doit être privilégié. La question du risque d’injustice devrait être abordée lors de l’examen des autres facteurs, particulièrement à l’étape de l’exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel.

3. Les questions soulevées dépassent le cadre des intérêts du plaideur, revêtent une importance pour le public et n’ont pas encore été tranchées

L’appelante soutient naturellement que les questions *auraient dû* être réglées dans l’arrêt *Little Sisters n° 1*, mais qu’en fin de compte elles ne l’ont pas été. Elle sollicite en vertu du par. 24(1), sur

operate as a set of detailed instructions binding on Customs officials, only this time accompanied with ongoing judicial supervision. As appellant's counsel put it,

we will be pressing very hard for the kind of structural reform that this Court I think has opened up in . . . *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)* [[2003] 3 S.C.R. 3, 2003 SCC 62]. [Transcript, at p. 4]

147 On the issue of public interest, the chambers judge concluded:

Clearly, if the Commissioner, via Ms. Kline, is not correctly applying the legal test for obscenity, that issue transcends the interests of Little Sisters and touches all book importers, both commercial and private. . . [para. 43]

148 The importance of the obscenity issue also affects potential readers. Section 2(b) of the *Charter* protects not only writers and artists, but also readers, who are denied access to books they may wish to peruse. The impact of discrimination may start with the appellant but it reaches “through them to Vancouver’s gay and lesbian community” (*Little Sisters No. 1*, at para. 123) and beyond.

149 Underpinning her conclusion, the chambers judge noted several circumstances she regarded as significant:

Since 1996, 57 titles imported by Little Sisters have been detained. Nineteen titles have been detained since the decision by the Supreme Court of Canada in *Little Sisters No. 1* . . . (affidavit of Ms. Kline, para. 17). It is not clear if these four titles are part of the nineteen. Numerous titles have been seized from other book sellers, and in particular, gay and lesbian book sellers. [para. 35]

la base d'éléments plus récents, une réparation structurée qui prendrait la forme d'un ensemble de directives détaillées liant les fonctionnaires des douanes et qui, cette fois, serait assortie d'une supervision judiciaire continue. Comme l'a exposé l'avocat de l'appelante,

[TRADUCTION] nous réclamerons avec insistance le genre de réforme structurelle que la Cour a, je pense, instaurée dans [. . .] l'arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)* [[2003] 3 R.C.S. 3, 2003 CSC 62]. [Transcription, p. 4]

Au sujet de la question de l'intérêt public, la juge en chambre a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION] De toute évidence, si le commissaire, par l'entremise de M^{me} Kline, n'applique pas correctement le critère juridique en matière d'obscénité, cette question dépasse le cadre des intérêts de Little Sisters et touche tous les importateurs de livres, autant commerciaux que privés. . . [par. 43]

La question de l'obscénité revêt également de l'importance du point de vue des lecteurs potentiels. En effet, l'al. 2b) de la *Charte* protège non seulement les écrivains et les artistes, mais aussi les lecteurs, qui se voient privés de l'accès à des livres qu'ils pourraient souhaiter lire. L'incidence de la discrimination touche peut-être d'abord l'appelante, mais elle se répercute également « par l'intermédiaire [de celle-ci sur] [. . .] la communauté gaie et lesbienne de Vancouver » (*Little Sisters n^o 1*, par. 123) et au-delà.

Dans sa conclusion, la juge en chambre a relevé plusieurs circonstances qu'elle considérait importantes :

[TRADUCTION] Depuis 1996, 57 titres importés par Little Sisters ont été retenus. Dix-neuf titres ont été retenus depuis l'arrêt *Little Sisters n^o 1* de la Cour suprême du Canada [. . .] (affidavit de M^{me} Kline, par. 17). Il n'est pas certain que les quatre titres en cause figurent parmi ces dix-neuf titres. D'autres libraires et, plus particulièrement, des libraires desservant la communauté gaie et lesbienne, se sont fait saisir de nombreux titres. [par. 35]

There is evidence that Customs is detaining hundreds, if not thousands of titles. [para. 37]

Ms. Kline has the final say, prior to court review, on the detentions of all titles imported into this country. . . . [para. 38]

. . .

The legislation prohibiting obscene material violates [the *Charter*], but is saved by s. 1 . . . on the understanding that certain safeguards to protect citizens are in place. One of these safeguards is the defence of artistic merit. [paras. 40-41]

. . .

Little Sisters has filed evidence to show that Customs has detained 190,000 items and prohibited 67,000-68,000 items in the past five years. This does not equate to titles, but the statistics demonstrate a large magnitude of detentions. [para. 48]

Further, the statistics demonstrate that 70% of detentions are gay and lesbian material. This is some evidence of continual targeting. [para. 49]

While I agree with Thackray J.A. that raw numbers of detained books are not necessarily significant, nevertheless the high *percentage* of gay and lesbian material detained *is* significant (70 per cent of all items seized). In *Little Sisters No. 1*, our Court observed that “[w]hile homosexuals are said to form less than 10 per cent of the Canadian population, up to 75 per cent of the material from time to time detained and examined for obscenity was directed to homosexual audiences” (para. 113). We noted then that there was no evidence that gay and lesbian erotica was more likely to be obscene than heterosexual erotica (para. 121). If the systemic problems had been resolved since our decision in 2000, one would expect the percentage of gay and lesbian material detained to now be less than 70 percent of the total. An explanation for this lack of proportionality may lie in “the process that was followed and the reasons [the books] were determined to be obscene” as agreed to by the Crown in the February 6, 2003 consent order. I accept the view of the chambers judge that the 70 percent

Il est prouvé que les Douanes retiennent des centaines, voire des milliers de titres. [par. 37]

Avant l'exercice d'un contrôle judiciaire, c'est M^{me} Kline qui a le dernier mot sur la retenue de tous les titres importés au Canada. . . [par. 38]

. . .

Les dispositions législatives interdisant le matériel obscène violent [la *Charte*], mais sont justifiées au regard de l'article premier [. . .] pour autant qu'existent certaines garanties visant à protéger les citoyens. L'une de ces garanties est le moyen de défense fondé sur la valeur artistique. [par. 40-41]

. . .

Little Sisters a déposé des éléments de preuve démontrant que les Douanes ont retenu 190 000 articles et en ont interdit entre 67 000 et 68 000 au cours des cinq dernières années. Il ne s'agit pas du nombre de titres, mais ces chiffres démontrent que la retenue se pratique à une grande échelle. [par. 48]

Ces chiffres démontrent, en outre, que 70 pour 100 des retenues concernent du matériel gai et lesbien. Il existe une preuve de ciblage constant. [par. 49]

Bien que je convienne avec le juge Thackray que le nombre brut de livres retenus n'est pas nécessairement significatif, le *pourcentage* élevé de matériel gai et lesbien retenu *est* néanmoins (70 pour 100 de tous les articles saisis). Dans l'arrêt *Little Sisters n^o 1*, notre Cour a fait observer que « [b]ien que les homosexuels constituent, dit-on, moins de 10 pour 100 de la population canadienne, jusqu'à 75 pour 100 du matériel retenu et contrôlé pour voir s'il est obscène était destiné à des publics homosexuels » (par. 113). Nous avons alors souligné qu'il n'y avait aucune preuve que le matériel érotique gai et lesbien était plus susceptible d'être obscène que le matériel érotique hétérosexuel (par. 121). Si les problèmes systémiques avaient été réglés depuis notre arrêt de l'an 2000, on pourrait s'attendre à ce que le pourcentage de matériel gai et lesbien retenu soit maintenant inférieur à 70 pour 100 de tous les articles retenus. Cette disproportion peut s'expliquer par le « processus suivi pour déclarer [les livres] obscènes [. . .] et les raisons qui sous-tendent cette décision », auxquels la Couronne a

detention rate six years after *Little Sisters No. 1* is a statistic that taken together with the other evidence seems to signal an ongoing problem.

151 In short, on the issue of public importance, I read the chambers judge as saying she is satisfied on a *prima facie* basis that there is unfinished business of high public importance left over from *Little Sisters No. 1*. She goes on to say:

There is a strong public interest at stake, and that is ensuring that government does not interfere with the s. 2(b) rights of citizens. Further, whether the government has complied with a court order. [para. 61]

152 My colleagues Bastarache and LeBel JJ. further narrow *Okanagan* by observing that “the litigation would not be of exceptional public importance if Customs were shown to be acting in accordance with its constitutional duties” (para. 65). With respect, I cannot agree that the public importance of a case depends on whether the government loses it. The issue of public importance is whether Canada Customs learned the lessons of *Little Sisters No. 1*, and now performs its mandate without discrimination on grounds of sexual orientation, and has lived up to its assurances given to the Court. A positive answer to those questions would have as much significance as a negative one.

153 My colleague the Chief Justice formulates the third criterion differently than Bastarache and LeBel JJ. She writes that her

formulation differs from that used by my colleagues . . . in that the third condition is not merely that the matter be one of public interest, but that it constitute special circumstances in the sense indicated. . . . [P]ublic importance is not enough in itself to meet the third requirement. The ultimate question is whether the

consenti dans l’ordonnance sur consentement du 6 février 2003. J’accepte le point de vue de la juge en chambre voulant que le taux de retenue de 70 pour 100 qui existe six ans après l’arrêt *Little Sisters n^o 1* soit une donnée statistique qui, conjuguée aux autres éléments de preuve, semble indiquer l’existence d’un problème persistant.

Bref, en ce qui concerne la question de l’importance pour le public, il ressort, selon moi, des propos de la juge en chambre que celle-ci est convaincue à première vue que l’arrêt *Little Sisters n^o 1* n’a pas tout réglé et qu’il reste à trancher un aspect d’une grande importance pour le public. Elle ajoute :

[TRADUCTION] Il y a un enjeu d’intérêt public important, qui est d’assurer que le gouvernement ne porte pas atteinte aux droits garantis aux citoyens par l’al. 2b). Il y a, en outre, la question de savoir si le gouvernement s’est conformé à une ordonnance judiciaire. [par. 61]

Mes collègues les juges Bastarache et LeBel restreignent davantage la portée de l’arrêt *Okanagan* en faisant remarquer que « le litige ne revêtirait pas une importance exceptionnelle pour le public s’il était démontré que les Douanes agissent conformément à leurs obligations constitutionnelles » (par. 65). En toute déférence, je ne puis accepter que l’importance d’une affaire pour le public dépende de la question de savoir si le gouvernement perd sa cause. La question d’importance pour le public en l’espèce consiste à déterminer si Douanes Canada a tiré de l’arrêt *Little Sisters n^o 1* les leçons qui s’imposent et s’acquitte désormais de sa mission sans faire montre de discrimination fondée sur l’orientation sexuelle, et si elle se conforme aux assurances qu’elle a données à la Cour. Une réponse affirmative à ces questions serait tout aussi importante qu’une réponse négative.

Ma collègue la Juge en chef formule le troisième critère d’une manière différente de celle des juges Bastarache et LeBel. Elle écrit :

[Ma] formulation diffère de celle de mes collègues [. . .] en ce que la troisième condition veut non seulement que l’affaire soit d’intérêt public, mais qu’elle présente des circonstances particulières au sens indiqué. [. . .] [L]’importance pour le public n’est pas suffisante en soi pour remplir la troisième condition. En définitive, il

matter of public interest rises to the level of constituting special circumstances. . . . [para. 88]

s'agit de savoir si l'affaire d'intérêt public présente des circonstances particulières. . . . [par. 88]

How the third requirement of the test is formulated makes a difference in this case. Indeed, it makes a critical difference. [para. 89]

La façon de formuler la troisième condition a une incidence en l'espèce. En fait, elle a une incidence cruciale. [par. 89]

Having found that Little Sisters demonstrated both impecuniosity (para. 99) and *prima facie* merit (para. 101), the Chief Justice nevertheless rejects the Little Sisters application on the basis that its case is not “special enough” and the potential “insight” to be gained by its pursuit “do[es] not rise to the level of compelling public importance or demonstrate systemic injustice” (para. 109).

Après avoir conclu que Little Sisters a démontré l'existence d'un manque de ressources (par. 99) et le bien-fondé à première vue de sa demande (par. 101), la Juge en chef rejette néanmoins cette demande pour le motif que son cas n'est pas « suffisamment particulier » et que les « indications » qu'un procès pourrait apporter « n'atteignent pas [. . .] un niveau déterminant d'importance pour le public et ne démontrent pas non plus l'existence d'une injustice systémique » (par. 109).

Whether a case, though special, is not “special enough” or fails to “rise to the level” of compelling public importance is a subjective test whose outcome will inevitably depend to a significant extent on the eye of the beholder. The discretionary nature of the order was, of course, recognized in *Okanagan*, although in that case it was identified as a residual discretion rather than as part of the “public importance” criterion. More significantly, *Okanagan* recognized that the discretion is given to the trial court. LeBel J. wrote for the majority that:

La question de savoir si un cas, bien que particulier, n'est pas « suffisamment particulier » ou « n'attei[nt] pas [. . .] un niveau » déterminant d'importance pour le public constitue un critère subjectif dont le résultat est inévitablement tributaire, dans une large mesure, de l'identité de celui qui l'applique. Il va sans dire que la nature discrétionnaire de l'ordonnance a été reconnue dans l'arrêt *Okanagan*, quoique, dans cette affaire, on ait parlé de pouvoir discrétionnaire plutôt que d'élément du critère de « l'importance pour le public ». Qui plus est, l'arrêt *Okanagan* a reconnu que ce pouvoir discrétionnaire est conféré au tribunal de première instance. S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge LeBel a écrit ceci :

154

It is for the trial court to determine in each instance whether a particular case, which might be classified as “special” by its very nature as a public interest case, is special enough to rise to the level where the unusual measure of ordering costs would be appropriate. [Emphasis added; para. 38.]

Il incombe au tribunal de première instance de décider dans chaque cas si une affaire qui peut être qualifiée de « particulière » de par son caractère d'intérêt public est suffisamment particulière pour s'élever au niveau des causes où l'allocation inhabituelle de dépens constituerait une mesure appropriée. [Je souligne; par. 38.]

It is ironic that in both cases to reach this Court on the advance costs issue, the trial court has been reversed.

Il est ironique que la décision du tribunal de première instance ait été infirmée dans les deux affaires portant sur la provision pour frais qui sont parvenues à notre Cour.

My view is that the “sufficiently special” test is essentially the same as the “rare and exceptional

J'estime que le critère de la nature « suffisamment particulière » est essentiellement le même

155

circumstances” test set out in *Okanagan*, which was dutifully applied by the chambers judge in this case, as I will address in the next section.

F. *The Exercise of Discretion in “Rare and Exceptional Circumstances”*

156 The chambers judge properly directed herself on the “sufficiently special circumstances” test under the rubric of “rare and exceptional circumstances”, as follows:

Advanced costs are ordered in “rare and exceptional circumstances.” The jurisdiction to make such an order in British Columbia was confirmed in *Okanagan Indian Band*. [para. 8]

. . .

[*Okanagan*] held . . . that even if all the conditions are met, that opens the “narrow jurisdiction” to consider an order for advanced costs. Even if all three criteria are met, it is still within the judge’s discretion to make such an order. The order is made in “rare and exceptional circumstances”. [para. 10]

. . .

Having met the threshold test for advanced costs, I would exercise my discretion in favour of ordering advanced costs to fund these appeals. The issues raised are too important to forfeit this litigation because of lack of funds. [para. 44]

In other words, the chambers judge did what *Okanagan* asked of her, namely to determine whether this case is “special enough to rise to the level where the unusual measure of ordering costs would be appropriate” (LeBel J., at para. 38). She held that it did, and absent a demonstration that she erred in her appreciation of the facts or the law, her assessment on this point should be upheld, in my view.

que le critère des « circonstances rares et exceptionnelles » qui a été énoncé dans l’arrêt *Okanagan* et que la juge en chambre a consciencieusement appliqué en l’espèce, comme je l’expliquerai dans la partie suivante.

F. *L’exercice du pouvoir discrétionnaire dans des « circonstances rares et exceptionnelles »*

La juge en chambre ne s’est pas trompée au sujet du critère des « circonstances suffisamment particulières » figurant sous la rubrique des [TRADUCTION] « circonstances rares et exceptionnelles » :

[TRADUCTION] Une provision pour frais est ordonnée dans des « circonstances rares et exceptionnelles ». La compétence pour rendre une telle ordonnance en Colombie-Britannique a été confirmée dans l’arrêt *Bande indienne Okanagan*. [par. 8]

. . .

[Dans l’arrêt *Okanagan*, la Cour] a [. . .] conclu que, même si les conditions sont toutes remplies, cela permet d’exercer la « compétence limitée » relative à la possibilité de rendre une ordonnance accordant une provision pour frais. Même si les trois conditions sont toutes remplies, le juge conserve le pouvoir discrétionnaire de rendre cette ordonnance. Celle-ci est rendue dans des « circonstances rares et exceptionnelles ». [par. 10]

. . .

Le critère préliminaire applicable à la provision pour frais étant respecté, je suis d’avis d’exercer mon pouvoir discrétionnaire et d’ordonner le versement de la provision pour frais requise pour financer les présents appels. En l’espèce, les questions soulevées sont trop importantes pour que l’on renonce à agir en justice à cause d’un manque de fonds. [par. 44]

En d’autres termes, la juge en chambre a fait ce que le critère de l’arrêt *Okanagan* l’obligeait à faire, à savoir décider si la présente affaire était « suffisamment particulière pour s’élever au niveau des causes où l’allocation inhabituelle de dépens constituerait une mesure appropriée » (le juge LeBel, par. 38). La juge a conclu qu’elle l’était et, à moins qu’il soit démontré qu’elle a commis une erreur dans son appréciation des faits ou du droit, j’estime qu’il y a lieu de maintenir son évaluation à cet égard.

Only one error in principle has been identified, and it goes to the scope of the proceeding, not the appropriateness of its advanced funding. For the reasons stated earlier, I accept that the chambers judge erred in principle in ordering advance costs for the “extended” Systemic Review because there is no such action pending. The taxpayers cannot be ordered to finance a piece of litigation that is neither pending nor defined in any concrete form in a proposed statement of claim. All that is before the court is the originating Notice of Appeal under ss. 67 and 71 of the *Customs Act*. The scope of the statutory appeal will have to be determined by the Supreme Court of British Columbia, although the chambers judge (who is also the case management judge) gave some indication of its elasticity. But in terms of scope, that is as much elbow room as the law permits.

No such error affects the chambers judge’s exercise of discretion in relation to the Four Books Appeal. Having found the Little Sisters’ allegations to have *prima facie* merit, and considering everything that has gone on in the last 12 years as creating “rare and exceptional” circumstances, she concluded this case justified an order for advance costs. We have been shown no basis on which to interfere with the exercise of her discretion in that respect.

G. *A Structured Costs Order*

The chambers judge properly insisted that “This order does not mean the government must write a blank cheque.” (para. 93) I agree. In this Court, appellant’s counsel estimated the costs of the Four Books Appeal at \$300,000 (A.F., at para. 66). It seems to me reasonable to cap the *maximum* potential public contribution to the Four Books Appeal at that amount, subject to further order of the trial court. It is perfectly possible that, properly supervised, the required state contribution to the costs of Little Sisters will be less than \$300,000. A

Seule une erreur de principe a été décelée et cette erreur ne touche que la portée de l’instance et non la pertinence d’accorder une provision pour frais pour la financer. Pour les raisons déjà exposées, j’accepte que la juge en chambre a commis une erreur de principe en ordonnant le versement d’une provision pour frais pour la révision systémique « approfondie », du fait qu’aucune action de cette nature n’est en cours. On ne saurait ordonner aux contribuables de financer une affaire qui n’est ni en instance ni décrite de manière concrète dans un projet de déclaration. Le tribunal n’est saisi que de l’avis d’appel fondé sur les art. 67 et 71 de la *Loi sur les douanes*. Il appartiendra à la Cour suprême de la Colombie-Britannique d’établir la portée de l’appel prévu par la Loi, bien que la juge en chambre (qui est également responsable de la gestion de l’instance) ait donné une idée de son élasticité. Toutefois, en ce qui concerne la portée, c’est là toute la latitude que permet le droit.

Aucune erreur de cette nature n’entache l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la juge en chambre relativement à l’appel concernant les quatre livres. Après avoir conclu que les allégations de Little Sisters étaient fondées à première vue et après avoir considéré que tout ce qui s’est passé au cours des 12 dernières années créait des circonstances « rares et exceptionnelles », la juge a décidé qu’une provision pour frais était justifiée en l’espèce. On ne nous a démontré aucune raison de modifier l’exercice de son pouvoir discrétionnaire à cet égard.

G. *Une ordonnance structurée en matière de dépens*

La juge en chambre a eu raison d’insister sur le fait que [TRADUCTION] « [l]a présente ordonnance ne signifie pas que le gouvernement doit donner carte blanche » (par. 93). Je suis de cet avis. Devant nous, l’avocat de l’appelante a estimé que les dépens de l’appel concernant les quatre livres s’élèveraient à 300 000 \$ (m.a., par. 66). Il me paraît raisonnable de fixer ce *plafond* à la contribution publique à l’appel concernant les quatre livres, sous réserve d’une autre ordonnance du tribunal de première instance. Il est tout à fait possible que, moyennant

157

158

159

cap is fair to the public and fair to the appellant because it gives notice of the \$300,000 upper limit to which the public purse will potentially finance the litigation. The appellant will have to budget accordingly.

160 The chambers judge repeated the stricture set out in *Okanagan*, at para. 41:

Such orders should be carefully fashioned and reviewed over the course of the proceedings to ensure that concerns about access to justice are balanced against the need to encourage the reasonable and efficient conduct of litigation, which is also one of the purposes of costs awards.

Hence, she concluded, “Further submissions are needed on the structure of the order and quantum” (para. 94). Subsequent to her order, the parties entered into a funding agreement which requires Little Sisters to submit budgets to a Costs Administrator appointed by Customs, to have all budgets and payments approved by the Costs Administrator and which limits Little Sisters to hourly and daily rates agreed to by the parties (A.R., at p. 2106). To the extent Little Sisters can make a contribution to the costs, it should be required to do so. The case management judge can ensure that the public is getting value for money. It seems to me that this was the proper way to proceed and I would not interfere with it.

H. *Impact of the Claim for Damages*

161 The appellant seeks substantial damages. The award of such damages would, if made, alleviate the impecuniosity. It would be entirely fair to both the public and the appellant to order that the appellant is obligated to repay the entire amount of the advance costs plus interest at the usual prejudgment rate as a first charge on any such award of damages. Such arrangements are not uncommon in cases of legal aid in civil matters (to the extent that legal

une supervision adéquate, la contribution requise de l’État aux dépens de Little Sisters soit inférieure à 300 000 \$. Un plafonnement est juste pour le public et juste pour l’appelante étant donné qu’elle avise que le montant maximal que le trésor public pourra être appelé à déboursier pour financer le litige est de 300 000 \$. L’appelante devra établir son budget en conséquence.

La juge en chambre a réitéré la restriction énoncée au par. 41 de l’arrêt *Okanagan* :

De telles ordonnances doivent être formulées avec soin et révisées en cours d’instance de façon à assurer l’équilibre entre les préoccupations concernant l’accès à la justice et la nécessité de favoriser le déroulement raisonnable et efficace de la poursuite, qui est également l’un des objectifs de l’attribution de dépens.

Du même coup, elle a conclu qu’il [TRADUCTION] « faudra présenter d’autres observations sur la structure de l’ordonnance et sur le montant de la provision » (par. 94). À la suite de son ordonnance, les parties ont conclu une entente de financement qui oblige Little Sisters à soumettre des budgets à un gestionnaire des coûts nommé par les Douanes, à faire approuver par ce gestionnaire des coûts tous les budgets et paiements et à respecter les tarifs horaires et quotidiens convenus par les parties (d.a., p. 2106). Dans la mesure où Little Sisters peut contribuer aux coûts, elle devrait être tenue de le faire. La juge responsable de la gestion de l’instance peut veiller à ce que le public en ait pour son argent. Il me semble que c’était la bonne façon de procéder, et je suis d’avis de ne pas la modifier.

H. *Incidence de la demande de dommages-intérêts*

L’appelante réclame des dommages-intérêts substantiels qui, s’ils lui étaient accordés, atténueraient les effets de son impecuniosité. Il serait tout à fait juste, à la fois pour le public et pour l’appelante, d’ordonner que, si de tels dommages-intérêts lui sont accordés, cette dernière rembourse en priorité sur ceux-ci le montant total de la provision pour frais, majoré des intérêts au taux habituel des intérêts avant jugement. De tels arrangements

aid is still available in such matters) and would be appropriate here.

I. *Conclusion*

I would allow the appeal and reinstate the award of advance costs for the Four Books Appeal only, with a maximum potential limit of \$300,000. The appellant should have its costs of the advanced costs motion and appeals on the regular scale throughout.

Appeal dismissed, BINNIE and FISH JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Arvay Finlay, Vancouver.

Solicitor for the respondents: Deputy Attorney General of Canada, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Ministry of Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Camp Fiorante Matthews, Vancouver.

Solicitors for the intervener Egale Canada Inc.: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitor for the interveners the Sierra Legal Defence Fund and the Environmental Law Centre: Sierra Legal Defence Fund, Toronto.

ne sont pas rares lorsqu'une partie reçoit de l'aide juridique en matière civile (dans la mesure où l'aide juridique est encore disponible en ces matières), et ils seraient indiqués en l'espèce.

I. *Conclusion*

J'accueillerais le pourvoi et je rétablirais la provision pour frais accordée, mais seulement pour l'appel concernant les quatre livres et jusqu'à concurrence d'un montant maximal de 300 000 \$. L'appelante devrait avoir droit à ses dépens à l'égard de la demande de provision pour frais et des appels, établis selon le barème normal, devant toutes les cours.

Pourvoi rejeté, les juges BINNIE et FISH sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : Arvay Finlay, Vancouver.

Procureur des intimés : Sous-procureur général du Canada, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Camp Fiorante Matthews, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Egale Canada Inc. : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur des intervenants Sierra Legal Defence Fund et Environmental Law Centre : Sierra Legal Defence Fund, Toronto.