



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

**Recueil des arrêts  
de la Cour suprême  
du Canada**

---

**Part 1, 2016 Vol. 2**

**1<sup>er</sup> cahier, 2016 Vol. 2**

Cited as [2016] 2 S.C.R. 3-292

Renvoi [2016] 2 R.C.S. 3-292

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.  
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjoint  
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef  
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

CLAIRE ZOË BIDER-HALL	Legal Counsel / Conseillers juridiques ANDRÉ GOLDENBERG	JACQUELINE STENCEL
JANICE CHENEY	LEE ANN GORMAN	LESLI TAKAHASHI
HARLEY D'AOÛT	KAREN LEVASSEUR	CAMERON TAYLOR
VALERIE DESJARLAIS	STÉPHANIE MORIN	RENÉE THÉRIALULT
ANNE DES ORMEAUX	JOANNE NORMAN	RENÉE MARIA TREMBLAY
GENEVIÈVE DOMEY	IDA SMITH	ANNA TURINOV

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

DAVID AUBRY	Jurilinguists / Jurilinguistes MARIE-CHRISTIANE BOUCHER	MARIE RODRIGUE
STEPHEN BALOGH	JULIE BOULANGER	CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition  
PETER O'DOHERTY

SUZANNE AUDET	Technical Revisors / Réviseurs techniques LAUREN KOSHURBA	NANCY MCCAUGHAN
MONIQUE DELORME		LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

Manager, Operational Support Services / Gestionnaire, Services d'appui aux opérations  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoints administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

*Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Library, Supreme Court of Canada, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0J1 together with the old address.*

*Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse à Bibliothèque, Cour suprême du Canada, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0J1, en indiquant l'ancienne adresse.*



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

**Recueil des arrêts  
de la Cour suprême  
du Canada**

**Volume 2, 2016**

**2<sup>e</sup> volume, 2016**



## CONTENTS

### **Musqueam Indian Band v. Musqueam Indian Band (Board of Review) ..... 3**

Aboriginal law — Indian reserves — Taxation — Property assessments — Assessment of leased reserve lands for taxation purposes — Indian Band surrendering portion of reserve lands to Crown for lease to third party — Lease restricting use of lands to golf and country club — Whether applicable Band property assessment by-law allows assessor to consider use restriction under lease in determining value of lands for taxation purposes — Musqueam Indian Band Property Assessment Bylaw, PR-96-01, s. 26(3.2).

### **Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co. .... 23**

Insurance — Property insurance — All risks policy — Exclusion clauses — Interpretation — Builders' risk policy excluding from coverage cost of making good faulty workmanship — Windows of building under construction scratched by contractor hired to clean them and windows needing replacement — Whether faulty workmanship exclusion to coverage applicable.

Appeals — Courts — Standard of review — Contractual interpretation — Standard of appellate review applicable to trial judge's interpretation of standard form insurance contract.

### **Canada (Attorney General) v. Igloo Vikski Inc. .... 80**

Taxation — Customs and excise — International trade — Tariff classification of goods — Importation of hockey gloves — Whether goods should be classified as "gloves, mittens and mitts" or "other articles of plastics and articles of other materials" under Harmonized Commodity Description and Coding System — Whether Canadian International Trade Tribunal's interpretation and application of Rules 1 and 2 of General Rules for Interpretation of Harmonized System were reasonable — Customs Tariff, S.C. 1997, c. 36, Schedule, General Rules for the Interpretation of the Harmonized System.

### **Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Quebec (Attorney General) ..... 116**

Constitutional law — Judicial independence — Financial security — Justices of peace — Judicial reform —

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

### **Musqueam Indian Band c. Musqueam Indian Band (Board of Review) ..... 3**

Droit des Autochtones — Réserves indiennes — Fiscalité — Évaluation foncière — Évaluation, à des fins de taxation, de terres de réserve louées — Bande indienne cédant une partie des terres de la réserve à Sa Majesté pour que celle-ci les loue à un tiers — Bail restreignant l'utilisation des terres à l'exploitation d'un terrain de golf — Le règlement de la bande applicable en matière d'évaluation foncière permet-il à l'évaluateur de tenir compte de la restriction quant à l'utilisation prévue au bail pour déterminer la valeur des terres à des fins de taxation? — Musqueam Indian Band Property Assessment Bylaw, PR-96-01, art. 26(3.2).

### **Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge ..... 23**

Assurances — Assurances de biens — Police d'assurance tous risques — Clauses d'exclusion — Interprétation — Police d'assurance chantier soustrayant à la garantie les frais engagés pour remédier à une malfaçon — Besoin de remplacer les fenêtres d'un immeuble en construction égratignées par l'entrepreneur qui avait été engagé pour les nettoyer — L'exclusion relative à la malfaçon s'applique-t-elle?

Appels — Tribunaux — Norme de contrôle — Interprétation contractuelle — Norme de contrôle qu'il convient d'appliquer en appel à l'interprétation d'un contrat d'assurance type retenue par le juge de première instance.

### **Canada (Procureur général) c. Igloo Vikski Inc. .... 80**

Droit fiscal — Douanes et accise — Commerce international — Classement de marchandises en vue de la détermination du tarif — Importation de gants de hockey — Les marchandises doivent-elles être classées comme des « gants, mitaines et moufles » ou comme « autres ouvrages en matières plastiques et ouvrages en autres matières » en application du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises? — L'interprétation et l'application par le Tribunal canadien du commerce extérieur des Règles 1 et 2 des Règles générales pour l'interprétation du Système harmonisé étaient-elles raisonnables? — Tarif des douanes, L.C. 1997, c. 36, annexe, Règles générales pour l'interprétation du Système harmonisé.

### **Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureure générale) ..... 116**

Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Sécurité financière — Juges de paix — Réforme judiciaire

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Provincial legislation amending status of justices of peace, including employment conditions, remuneration and pension plan — Whether new judicial office created — Whether committee review of remuneration and pension plan necessary and if so, when should review occur — Whether legislation infringes constitutional guarantee of judicial independence — If so, whether infringement justifiable — Constitution Act, 1867, preamble — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Act to amend the Courts of Justice Act and other legislative provisions as regards the status of justices of the peace, S.Q. 2004, c. 12, ss. 27, 30 and 32 — Décret 932-2008, (2008) 140 G.O. 2, 5681.

Constitutional law — Judicial independence — Financial security — Pensions — Justices of peace — Judicial reform — Section 178 of Courts of Justice Act, CQLR, c. T-16, mandates participation of justices of peace in public service pension plan — Whether pension plan, as part of overall remuneration, meets minimum constitutional threshold required for judicial office.

### **R. v. Rowson ..... 158**

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Right to counsel — Search and seizure — Remedy — Exclusion of evidence — Admission of breath sample evidence would not bring administration of justice into disrepute — Accused's convictions upheld.

### **R. v. C.K-D. .... 160**

Criminal law — Charge to jury — Testimony of children — 17-year-old complainant testifying about alleged events that took place when she was 12 years old — Trial judge instructing jury to consider memory of 12-year-old — Trial judge's charge to jury as a whole conveying correct instruction — Accused's convictions restored.

### **Endean v. British Columbia ..... 162**

Courts — Jurisdiction — Class actions — Hearings outside superior court's home province — Superior court judges in three provinces supervising implementation of pan-national class action settlement — Motions relating to settlement brought before supervisory judges — Class counsel proposing that supervisory judges sit together in fourth province to hear motions — Parties agreeing

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

— Statut des juges de paix, dont les conditions d'emploi, la rémunération et le régime de retraite, modifié par législation provinciale — Y a-t-il eu création d'une nouvelle charge judiciaire? — Un examen de la rémunération et du régime de retraite par un comité est-il nécessaire et, dans l'affirmative, à quel moment l'examen doit-il intervenir? — La loi porte-t-elle atteinte à la garantie constitutionnelle d'indépendance judiciaire? — Dans l'affirmative, l'atteinte se justifie-t-elle? — Loi constitutionnelle de 1867, préambule — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires et d'autres dispositions législatives eu égard au statut des juges de paix, L.Q. 2004, c. 12, art. 27, 30 et 32 — Décret 932-2008, (2008) 140 G.O. 2, 5681.

Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Sécurité financière — Régime de retraite — Juges de paix — Réforme judiciaire — Participation des juges de paix au régime de retraite de la fonction publique imposée par l'art. 178 de la Loi sur les tribunaux judiciaires, RLRQ, c. T-16 — Le régime de retraite, qui s'inscrit dans la rémunération globale, satisfait-il au seuil constitutionnel minimal qu'exige une charge judiciaire?

### **R. c. Rowson ..... 158**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Droit à l'assistance d'un avocat — Fouilles, perquisitions et saisies — Réparation — Exclusion de la preuve — L'utilisation des éléments de preuve relatifs aux échantillons d'haleine n'a pas déconsidéré l'administration de la justice — Les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé sont confirmées.

### **R. c. C.K-D. .... 160**

Droit criminel — Exposé au jury — Témoignage des enfants — Témoignage d'une plaignante âgée de 17 ans au sujet d'événements qui seraient survenus lorsqu'elle avait 12 ans — Directives de la juge du procès indiquant aux jurés d'apprécier le souvenir des faits comme si ceux-ci étaient relatés par une personne de 12 ans — Exposé de la juge du procès ayant communiqué globalement aux jurés les directives appropriées — Rétablissement des déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé.

### **Endean c. Colombie-Britannique ..... 162**

Tribunaux — Compétence — Recours collectifs — Audiences de cours supérieures tenues à l'extérieur de leur province de rattachement — Juges de la cour supérieure de trois provinces chargés de superviser la mise en œuvre d'une convention pancanadienne de règlement de recours collectifs — Juges superviseurs saisis de requêtes relatives à la convention de règlement — Conseillers juridiques

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

that judges have discretionary power to sit together outside their home provinces, but disagreeing on source of power and conditions under which it may be exercised — Whether source of authority is statutory or an aspect of inherent powers of superior court — Whether video link to open courtroom in judges' home jurisdiction is condition for exercise of authority — Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 12 — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 12.

### **R. v. Anthony-Cook ..... 204**

Criminal law — Sentencing — Sentencing procedure — Guilty plea — Joint submission on sentence from Crown and defence counsel — Whether trial judge erred in departing from joint submission — Proper legal test trial judges should apply in deciding whether it is appropriate in a particular case to depart from joint submission.

### **Morasse v. Nadeau-Dubois ..... 232**

Civil procedure — Contempt of court — Required knowledge and intent — Statutory provision creating offence of contempt of court for anyone who disobeys any process or order of court or judge, or acts in such way as to interfere with orderly administration of justice or to impair authority or dignity of court — Student organization holding protests and forming picket lines at university — Student obtaining provisional interlocutory injunction mandating free access to university facilities and classes — Spokesperson of student organization commenting on injunctions and picket lines in interview — Whether spokesperson guilty of contempt — Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 50 para. 1.

### **Urban Communications Inc. v. BCNET Networking Society ..... 289**

Arbitration — Appeals — Commercial arbitration awards — Parties entering into agreement containing option to renew — Parties disagreeing as to whether option to renew validly exercised and entering into arbitration — Arbitrator ruling that option validly exercised by letter — Chambers judge granting leave to appeal pursuant to s. 31

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

proposant que les juges superviseurs siègent ensemble dans une quatrième province pour trancher les requêtes — Accord des parties sur le fait que les juges ont le pouvoir discrétionnaire de siéger ensemble à l'extérieur de leur province de rattachement, mais non sur la source et les modalités d'exercice de ce pouvoir — S'agit-il d'un pouvoir d'origine législative ou d'un volet de la compétence inhérente des cours supérieures? — L'exercice de ce pouvoir nécessite-t-il un lien vidéo entre la salle d'audience où se trouve le juge et une salle d'audience accessible au public dans la province de rattachement du juge? — Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, c. 6, art. 12 — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, art. 12.

### **R. c. Anthony-Cook ..... 204**

Droit criminel — Détermination de la peine — Procédure de détermination de la peine — Plaidoyer de culpabilité — Recommandation conjointe relative à la peine présentée par les avocats du ministère public et de la défense — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en écartant la recommandation conjointe? — Critère juridique que les juges du procès devraient appliquer pour décider s'il est approprié, dans une affaire donnée, d'écarter une recommandation conjointe.

### **Morasse c. Nadeau-Dubois ..... 232**

Procédure civile — Outrage au tribunal — Connaissance et intention requises — Disposition légale prévoit qu'est coupable de l'infraction d'outrage au tribunal celui qui contrevient à une ordonnance ou à une injonction du tribunal ou d'un de ses juges, ou qui agit de manière, soit à entraver le cours normal de l'administration de la justice, soit à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal — Protestations orchestrées et piquets de grève érigés à l'université par une organisation étudiante — Injonction interlocutoire provisoire ordonnant de laisser libre accès aux classes et aux installations universitaires obtenue par un étudiant — Commentaires sur les injonctions et les lignes de piquetage émis par le porte-parole d'une organisation étudiante durant une entrevue — Le porte-parole est-il coupable d'outrage? — Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25, art. 50 al. 1.

### **Urban Communications Inc. c. BCNET Networking Society ..... 289**

Arbitrage — Appels — Sentences arbitrales commerciales — Conclusion par les parties d'un accord comportant une option de renouvellement — Désaccord entre les parties sur la question de savoir si l'option a été valablement exercée et recours par celles-ci à l'arbitrage — Décision de l'arbitre concluant que l'option a été valablement

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

of Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, allowing appeal and amending arbitrator's award — Court of Appeal reversing grant of leave and reinstating award — Court of Appeal finding that no pure question of law arises from arbitrator's interpretation of agreement and letter and that threshold requirement for granting leave to appeal under s. 31 therefore not met.

### **R. v. Diamond ..... 291**

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Arbitrary detention — Remedy — Exclusion of evidence — Police officer noticing knife in accused's truck when conducting visual inspection during traffic stop — Accused arrested for possession of weapon dangerous to public peace and search incidental to arrest revealing cocaine — Majority of Court of Appeal finding that visual inspection by officer did not constitute search, that seizure of knife justified since in plain view and easily accessible to accused, that officer had reasonable and probable grounds to arrest accused and that seizure of cocaine justifiable incidental to arrest — Accused's convictions upheld.

## SOMMAIRE (Fin)

exercée par voie de lettre — Décision du juge en chambre octroyant l'autorisation d'appeler en vertu de l'art. 31 de la loi intitulée Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, faisant droit à l'appel et modifiant la sentence de l'arbitre — Arrêt de la Cour d'appel infirmant l'octroi de l'autorisation d'appeler et rétablissant la sentence arbitrale — Conclusion de la Cour d'appel portant que l'interprétation par l'arbitre de l'accord et de la lettre ne soulève pas de pure question de droit et qu'en conséquence la condition préalable à l'octroi de l'autorisation d'appeler prévue par l'art. 31 n'est pas respectée.

### **R. c. Diamond ..... 291**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Détention arbitraire — Réparation — Exclusion de la preuve — Constatation par un policier de la présence d'un couteau dans le camion de l'accusé lors d'une inspection visuelle menée durant un contrôle routier — Arrestation de l'accusé pour possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique et présence de cocaïne décelée par suite d'une fouille accessoire à l'arrestation — Conclusions des juges majoritaires de la Cour d'appel portant que l'inspection visuelle menée par le policier ne constituait pas une fouille, que la saisie du couteau était justifiée parce que l'objet était bien en vue et facilement récupérable par l'accusé, que le policier possédait des motifs raisonnables pour arrêter ce dernier et que la saisie de la cocaïne était justifiable en tant que mesure accessoire à l'arrestation — Confirmation des déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé.

**Musqueam Indian Band** *Appellant*

*v.*

**Musqueam Indian Band Board  
of Review, Assessor for the  
Musqueam Indian Band and Shaughnessy  
Golf and Country Club** *Respondents*

and

**Council for the Advancement of Native  
Development Officers** *Intervener*

**INDEXED AS: MUSQUEAM INDIAN BAND *v.*  
MUSQUEAM INDIAN BAND (BOARD OF REVIEW)**

**2016 SCC 36**

File No.: 36478.

2016: April 26; 2016: September 9.

Present: McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver,  
Karakatsanis, Wagner, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Aboriginal law — Indian reserves — Taxation — Property assessments — Assessment of leased reserve lands for taxation purposes — Indian Band surrendering portion of reserve lands to Crown for lease to third party — Lease restricting use of lands to golf and country club — Whether applicable Band property assessment by-law allows assessor to consider use restriction under lease in determining value of lands for taxation purposes — Musqueam Indian Band Property Assessment Bylaw, PR-96-01, s. 26(3.2).*

Since 1991, the Musqueam Indian Band exercises jurisdiction over taxation of reserve lands under the *Musqueam Indian Band Property Assessment Bylaw*. In 1996, Musqueam amended s. 26(3.2) of the Bylaw to allow an assessor to consider “any restriction placed on the use of the land and improvements by the band” in determining the value of property for taxation purposes, instead of restrictions imposed by “an interest holder”. In 1957, Musqueam surrendered a portion of its reserve

**Musqueam Indian Band** *Appelante*

*c.*

**Musqueam Indian Band Board  
of Review, Assessor for the  
Musqueam Indian Band et Shaughnessy  
Golf and Country Club** *Intimés*

et

**Council for the Advancement of Native  
Development Officers** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : MUSQUEAM INDIAN BAND *c.*  
MUSQUEAM INDIAN BAND (BOARD OF REVIEW)**

**2016 CSC 36**

N° du greffe : 36478.

2016 : 26 avril; 2016 : 9 septembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges  
Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Côté et  
Brown.

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

*Droit des Autochtones — Réserves indiennes — Fiscalité — Évaluation foncière — Évaluation, à des fins de taxation, de terres de réserve louées — Bande indienne cédant une partie des terres de la réserve à Sa Majesté pour que celle-ci les loue à un tiers — Bail restreignant l'utilisation des terres à l'exploitation d'un terrain de golf — Le règlement de la bande applicable en matière d'évaluation foncière permet-il à l'évaluateur de tenir compte de la restriction quant à l'utilisation prévue au bail pour déterminer la valeur des terres à des fins de taxation? — Musqueam Indian Band Property Assessment Bylaw, PR-96-01, art. 26(3.2).*

Depuis 1991, la Musqueam Indian Band (les « Musqueams ») a compétence en matière de taxation de ses terres de réserve en vertu du règlement intitulé *Musqueam Indian Band Property Assessment Bylaw*. En 1996, les Musqueams ont modifié le par. 26(3.2) du règlement afin d'autoriser un évaluateur à tenir compte, pour déterminer la valeur du bien-fonds à des fins de taxation, de « toute restriction imposée par la bande quant à l'utilisation du bien-fonds et ses améliorations » plutôt que

lands to the Crown for lease to the Shaughnessy Golf and Country Club. As the lease restricts the use of the lands to a golf and country club, the assessor for Musqueam consistently assessed the value of the lands based upon this use for tax assessment purposes. In 2011, Musqueam challenged this assessment before a board of review, claiming that the lands should be valued as residential land and that the use restriction in the lease had not been placed “by the band”, since the lease was between the Crown and the Club. The Board of Review stated a case to the British Columbia Supreme Court. Both the chambers judge and the Court of Appeal held that the assessor could take the use restriction into account.

*Held:* The appeal should be dismissed.

As the courts below concluded, the Bylaw permits the assessor to consider the use restriction in the lease between the Crown and the Club in determining the value of the demised reserve lands for assessment purposes. Resolving this issue is a matter of interpreting s. 26(3.2) of the Bylaw, which entails discerning its meaning by examining its terms in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, in harmony with the Bylaw’s scheme and objects. Here, the plain wording of s. 26(3.2), read in light of its purpose and context, grants the assessor the discretion to consider the use restriction in establishing the value of the leased lands for tax assessment purposes.

Musqueam’s arguments — that the 1996 amendment to the Bylaw was intended to account for the powers it acquired under the Framework Agreement on First Nation Land Management, and that the term “placed . . . by the band” bars consideration of the lease with the Club since the lease was concluded with the Crown — are not persuasive. The only relevant substantive change to s. 26(3.2) of the Bylaw made by the 1996 amendment was to narrow the range of restrictions on use which an assessor is expressly permitted to take into account, from those imposed by an interest holder (which would include a lessee) to those imposed only by Musqueam itself. Furthermore, while it is true that the lease was between the Club and the Crown, the Crown’s intervention was necessitated by the *Indian Act* which provided at the material time that reserve lands could not be leased

des restrictions imposées par « le détenteur d’un intérêt ». En 1957, les Musqueams ont cédé une partie de leurs terres de réserve à Sa Majesté pour que celle-ci les loue au club de golf Shaughnessy Golf and Country Club. Puisque le bail restreint l’utilisation des terres à l’exploitation d’un terrain de golf, l’évaluateur des Musqueams a, pour les besoins d’évaluation fiscale, systématiquement évalué la valeur des terres en fonction de cette utilisation. En 2011, les Musqueams ont contesté cette évaluation devant une commission de révision, affirmant que les terres devaient être évaluées en tant que terrain résidentiel et que la restriction quant à l’utilisation prévue au bail n’avait pas été imposée « par la bande », car les parties au bail étaient Sa Majesté et le club de golf. La commission de révision a saisi la Cour suprême de la Colombie-Britannique d’un exposé de cause. Le juge siégeant en cabinet et la Cour d’appel ont conclu que l’évaluateur pouvait tenir compte de la restriction quant à l’utilisation.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Comme l’ont conclu les instances inférieures, le règlement autorise l’évaluateur à tenir compte de la restriction quant à l’utilisation prévue au bail conclu entre Sa Majesté et le club de golf pour déterminer, aux fins d’évaluation, la valeur des terres de réserve cédées à bail. La solution du problème repose sur l’interprétation du par. 26(3.2) du règlement, et il faut en dégager le sens en examinant ses termes dans leur contexte global et suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie et l’objet du règlement. En l’espèce, le sens ordinaire du par. 26(3.2), interprété en fonction de son objet et de son contexte, confère à l’évaluateur le pouvoir discrétionnaire de tenir compte de la restriction quant à l’utilisation pour établir la valeur des terres louées pour les besoins d’évaluation fiscale.

Les arguments des Musqueams — soit que la modification apportée en 1996 au règlement visait à tenir compte des pouvoirs que lui conférait l’Accord-Cadre relatif à la Gestion des Terres de Premières Nations, et que les termes « imposée par la bande » empêchent qu’il soit tenu compte du bail conclu avec le club de golf puisque le bail a été conclu avec Sa Majesté — ne sont pas convaincants. La seule modification de fond importante apportée au par. 26(3.2) du règlement en 1996 visait à limiter la portée des restrictions quant à l’utilisation qu’un évaluateur est expressément autorisé à prendre en compte, substituant celles qu’imposent les Musqueams eux-mêmes à celles qu’impose le détenteur d’un intérêt (et notamment un locataire). En outre, s’il est vrai que le bail a été conclu entre le club de golf et Sa Majesté, l’intervention de Sa Majesté était rendue nécessaire par la *Loi sur les Indiens*,

without first being surrendered to the Crown. The Bylaw must be read in light of this statutorily mandated Crown role. While the surrender document makes no mention of the lease or the Club, the context in which the surrender occurred and the lands were demised clarifies that Musqueam intended that the lands be leased to the Club. Given that context, the use restriction in the lease was placed “by the band”.

### Cases Cited

**Referred to:** *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Vancouver Assessor, Area 9 v. Bramalea Ltd.* (1990), 52 B.C.L.R. (2d) 218; *Petro-Canada Inc. v. Coquitlam Assessor, Area No. 12* (1991), 61 B.C.L.R. (2d) 86; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *British Columbia (Assessment Commissioner) v. Ryan*, [1979] B.C.J. No. 1966 (QL); *Burnaby/New Westminster Assessor, Area No. 10 v. Central Park Citizen Society* (1993), 86 B.C.L.R. (2d) 24; *Westbank Holdings Ltd. v. Westgate Shopping Centre Ltd.*, 2001 BCCA 268, 155 B.C.A.C. 1; *Guerin v. The Queen*, [1982] 2 F.C. 385.

### Statutes and Regulations Cited

*Assessment Act*, R.S.B.C. 1979, c. 21.  
*Assessment Act*, S.B.C. 1974, c. 6.  
*Assessment and Taxation (Miscellaneous Amendments) Act, 1985*, S.B.C. 1985, c. 20, s. 5.  
*Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149, s. 37.  
*Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 83(1)(a).  
*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 12.  
*Musqueam Indian Band Assessment By-law* (1991), s. 26(3.2).  
*Musqueam Indian Band Property Assessment Bylaw*, PR-96-01, ss. 1(1) “band”, 26(1), (3), (3.2).

### Agreements

Framework Agreement on First Nation Land Management, 1996 (online: <http://labrc.com/wp-content/uploads/2014/03/Framework-Agreement-Amendment-5.pdf>).

### Authors Cited

Appraisal Institute of Canada. *The Appraisal of Real Estate*, 3rd Canadian ed. Vancouver: Sauder School of Business (Real Estate Division), 2010.  
 British Columbia. Legislative Assembly. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, 3rd Sess., 33rd Parl., May 3, 1985, p. 5934.

laquelle prévoyait alors que les terres d’une réserve ne pouvaient être louées que si elles étaient d’abord cédées à Sa Majesté. Le règlement doit être interprété à la lumière de ce rôle conféré par la loi à Sa Majesté. L’acte de cession ne comporte aucune mention du bail ni du club de golf, mais le contexte dans lequel la cession a eu lieu et les terres ont été cédées à bail montre clairement que les Musqueams voulaient que les terres soient louées au club de golf. Compte tenu de ce contexte, la restriction quant à l’utilisation prévue au bail était imposée « par la bande ».

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Vancouver Assessor, Area 9 c. Bramalea Ltd.* (1990), 52 B.C.L.R. (2d) 218; *Petro-Canada Inc. c. Coquitlam Assessor, Area No. 12* (1991), 61 B.C.L.R. (2d) 86; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *British Columbia (Assessment Commissioner) c. Ryan*, [1979] B.C.J. No. 1966 (QL); *Burnaby/New Westminster Assessor, Area No. 10 c. Central Park Citizen Society* (1993), 86 B.C.L.R. (2d) 24; *Westbank Holdings Ltd. c. Westgate Shopping Centre Ltd.*, 2001 BCCA 268, 155 B.C.A.C. 1; *Guerin c. La Reine*, [1982] 2 C.F. 385.

### Lois et règlements cités

*Assessment Act*, R.S.B.C. 1979, c. 21.  
*Assessment Act*, S.B.C. 1974, c. 6.  
*Assessment and Taxation (Miscellaneous Amendments) Act, 1985*, S.B.C. 1985, c. 20, art. 5.  
*Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 12.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5, art. 83(1)a).  
*Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, c. 149, art. 37.  
*Musqueam Indian Band Assessment By-law* (1991), art. 26(3.2).  
*Musqueam Indian Band Property Assessment Bylaw*, PR-96-01, art. 1(1) « band », 26(1), (3), (3.2).

### Ententes

Accord-Cadre relatif à la Gestion des Terres de Premières Nations, 1996 (en ligne : <http://labrc.com/wp-content/uploads/2014/03/Framework-Agreement-Amendment-5.pdf>).

### Doctrine et autres documents cités

Colombie-Britannique. Assemblée législative. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, 3rd Sess., 33rd Parl., May 3, 1985, p. 5934.  
 Eaton, J. D. *Real Estate Valuation in Litigation*, 2nd ed., Chicago, Appraisal Institute, 1995.

Eaton, J. D. *Real Estate Valuation in Litigation*, 2nd ed. Chicago: Appraisal Institute, 1995.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Bauman C.J.B.C. and Lowry and Goepel J.J.A.), 2015 BCCA 158, 76 B.C.L.R. (5th) 285, 370 B.C.A.C. 239, 635 W.A.C. 239, [2015] 12 W.W.R. 421, [2015] B.C.J. No. 696 (QL), 2015 CarswellBC 964 (WL Can.), setting aside in part a decision of Maisonville J., 2013 BCSC 1362, [2013] B.C.J. No. 1672 (QL), 2013 CarswellBC 2336 (WL Can.). Appeal dismissed.

*Maria Morellato, Q.C., James I. Reynolds and Aaron Wilson*, for the appellants.

No one appeared for the respondent the Musqueam Indian Band Board of Review.

*R. Bruce E. Hallsor and Greer Jacks*, for the respondent the Assessor for the Musqueam Indian Band.

*John J. L. Hunter, Q.C., and Ludmila B. Herbst, Q.C.*, for the respondent the Shaughnessy Golf and Country Club.

Written submissions only by *Avnish Nanda*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

BROWN J. —

## I. Introduction

[1] This appeal represents the latest stage of the difficult history shared by the Musqueam Indian Band and the Shaughnessy Golf and Country Club. As *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at pp. 345-46, records, Musqueam surrendered a portion of its reserve lands to the Crown in 1957 for lease to the Club. Because the terms obtained by the Crown were less favourable than those which had been approved by Musqueam, and because the Crown did not consult Musqueam before leasing

Institut canadien des évaluateurs. *The Appraisal of Real Estate*, 3rd Canadian ed., Vancouver, Sauder School of Business (Real Estate Division), 2010.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Bauman et les juges Lowry et Goepel), 2015 BCCA 158, 76 B.C.L.R. (5th) 285, 370 B.C.A.C. 239, 635 W.A.C. 239, [2015] 12 W.W.R. 421, [2015] B.C.J. No. 696 (QL), 2015 CarswellBC 964 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision de la juge Maisonville, 2013 BCSC 1362, [2013] B.C.J. No. 1672 (QL), 2013 CarswellBC 2336 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

*Maria Morellato, c.r., James I. Reynolds et Aaron Wilson*, pour l'appelante.

Personne n'a comparu pour l'intimée Musqueam Indian Band Board of Review.

*R. Bruce E. Hallsor et Greer Jacks*, pour l'intimé Assessor for the Musqueam Indian Band.

*John J. L. Hunter, c.r., et Ludmila B. Herbst, c.r.*, pour l'intimé Shaughnessy Golf and Country Club.

Argumentation écrite seulement par *Avnish Nanda*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BROWN —

## I. Introduction

[1] Le présent pourvoi constitue la plus récente étape des relations difficiles qu'ont entretenues la Musqueam Indian Band (les « Musqueams ») et le club de golf Shaughnessy Golf and Country Club. Ainsi que la Cour l'indique dans l'arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 345-346, les Musqueams ont cédé en 1957 une partie de leurs terres de réserve à Sa Majesté pour que celle-ci les loue au club de golf. Puisque les conditions du bail consenti par Sa Majesté étaient moins favorables

the land on unfavourable terms, this Court held in *Guerin* that the Crown breached its fiduciary duty, and ordered it to pay compensation to Musqueam. Since *Guerin*, the lease has remained in force.

[2] The issue presented by this appeal concerns the assessment, for taxation purposes, of those leased reserve lands. Musqueam exercises jurisdiction over taxation of surplus reserve lands under the *Musqueam Indian Band Property Assessment Bylaw*, PR-96-01. While s. 26(1) of the Bylaw provides that the actual value of on-reserve property is to be based on the market value of a fee simple interest located off-reserve, s. 26(3.2) allows an assessor operating under the Bylaw to consider “any restriction placed on the use of the land and improvements by the band” in determining the value of property for taxation purposes. As the lease at issue here restricts the use of the lands to a golf and country club, the Assessor for the Musqueam Indian Band has consistently assessed the actual value of the lands based upon their use as a golf and country club. In 2011, Musqueam challenged that assessment, claiming instead that the lands should be valued as residential land.

[3] The narrow question to be decided, therefore, is whether the Bylaw permits the Assessor to consider the use restriction under this lease in determining the value of the lands for tax assessment purposes. Both the chambers judge at the British Columbia Supreme Court and the British Columbia Court of Appeal held that the Assessor could take the use restriction into account: see 2013 BCSC 1362 and 2015 BCCA 158, 76 B.C.L.R. (5th) 285. For the reasons that follow, I agree. The plain wording of the relevant Bylaw provisions, read in light of their purpose and context, grants the Assessor the discretion to consider the

que celles approuvées par les Musqueams et que Sa Majesté n’avait pas consulté les Musqueams avant de louer les terres à des conditions défavorables, la Cour a conclu dans l’arrêt *Guerin* que Sa Majesté avait manqué à son obligation de fiduciaire et lui a ordonné de verser une indemnité aux Musqueams. Depuis l’arrêt *Guerin*, le bail est toujours en vigueur.

[2] La question litigieuse en l’espèce concerne l’évaluation, à des fins de taxation, de ces terres de réserve louées. Les Musqueams ont compétence en matière de taxation de leurs terres de réserve excédentaires en vertu du *Musqueam Indian Band Property Assessment Bylaw*, PR-96-01 (le « Règlement »). Bien que le par. 26(1) du Règlement dispose que la valeur réelle d’un bien-fonds dans une réserve doit être calculée en fonction de la valeur marchande d’un intérêt en fief simple sur un bien-fonds situé hors réserve, le par. 26(3.2) autorise un évaluateur qui applique le Règlement à tenir compte de [TRADUCTION] « toute restriction imposée par la bande quant à l’utilisation du bien-fonds et ses améliorations » pour déterminer la valeur du bien-fonds en matière de taxation. Puisqu’en l’espèce le bail en question restreint l’utilisation des terres à l’exploitation d’un terrain de golf, l’intimé Assessor for the Musqueam Indian Band (l’« évaluateur de la bande indienne des Musqueams ») a systématiquement évalué la valeur réelle des terres en fonction de leur utilisation comme terrain de golf. En 2011, les Musqueams ont contesté cette évaluation, affirmant plutôt que les terres devaient être évaluées en tant que terrain résidentiel.

[3] La question précise qui doit être tranchée est donc de savoir si le Règlement autorise l’évaluateur à tenir compte de la restriction quant à l’utilisation prévue au bail pour déterminer la valeur des terres aux fins d’évaluation fiscale. La juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique siégeant en cabinet et la Cour d’appel de la Colombie-Britannique ont conclu que l’évaluateur pouvait tenir compte de la restriction quant à l’utilisation : voir 2013 BCSC 1362 et 2015 BCCA 158, 76 B.C.L.R. (5th) 285. Pour les motifs qui suivent, je suis du même avis. Le sens ordinaire des dispositions pertinentes du

use restriction in establishing the value of the leased lands. I would therefore dismiss the appeal.

## II. Overview of Facts and Proceedings

### A. *Background*

#### (1) The Surrender and the Lease

[4] Before the chambers judge, the parties agreed to a series of facts, including “the findings of fact . . . from the *Guerin* decisions”<sup>1</sup> (para. 11). As to those findings of fact, it suffices here to recount that, on October 6, 1957, by a majority vote, the members of Musqueam approved a surrender to Her Majesty the Queen in right of Canada (the “Crown”) of 162 acres of reserve lands; and that, on January 22, 1958, a lease of those lands was entered into between the Crown and the Club, under its former name of Shaughnessy Heights Golf Club, for a term of 75 years. The lease was effective as of January 1, 1958, and has not been terminated or amended. Musqueam did not sign the lease.

[5] By the terms of the lease, the Club agreed that it will “[u]se the demised premises only for a golf and country club, with such additional facilities as the lessee may considerable [*sic*] desirable”.

#### (2) Tax Assessments of Musqueam Reserve Lands

[6] Until 1991, tax assessments of Musqueam’s reserve lands were conducted under the *Assessment Act*, R.S.B.C. 1979, c. 21. After the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, was amended to devolve

<sup>1</sup> In the notice of stated case filed by the Musqueam Indian Band Board of Review, the parties were said to have “accepted and agreed not to challenge any finding of fact in any of [the *Guerin*] decisions”.

Règlement, interprétées en fonction de leur objet et de leur contexte, confère à l’évaluateur le pouvoir discrétionnaire de tenir compte de la restriction quant à l’utilisation pour établir la valeur des terres louées. Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

## II. Aperçu des faits et des procédures

### A. *Contexte*

#### (1) La cession et le bail

[4] Devant le juge siégeant en cabinet, les parties se sont entendues sur un ensemble de faits, notamment [TRADUCTION] « les conclusions de fait [. . .] tirées dans les décisions *Guerin* »<sup>1</sup> (par. 11). Quant à ces conclusions de fait, il suffit de rappeler ici que le 6 octobre 1957, les membres des Musqueams ont approuvé, par un vote majoritaire, la cession à Sa Majesté la Reine du chef du Canada (« Sa Majesté ») de 162 acres de terres de réserve; et que le 22 janvier 1958, un bail relatif à ces terres a été conclu entre Sa Majesté et le club de golf, sous son ancien nom de Shaughnessy Heights Golf Club, pour une durée de 75 ans. Le bail est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1958, et il n’a été ni résilié ni modifié. Les Musqueams n’ont pas signé le bail.

[5] Selon les conditions du bail, le club de golf a convenu qu’il [TRADUCTION] « utiliser[a] les lieux cédés à bail uniquement pour un terrain de golf, sur lequel le locataire pourra aménager les installations qu’il juge appropriées. »

#### (2) Évaluation fiscale des terres de réserve des Musqueams

[6] Jusqu’en 1991, l’*Assessment Act*, R.S.B.C. 1979, c. 21, a régi l’évaluation fiscale des terres de réserve des Musqueams. Après que la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5, eut été modifiée

<sup>1</sup> Il était indiqué dans l’avis d’exposé de cause produit par l’intimée Musqueam Indian Band Board of Review (la « commission de révision de la bande indienne des Musqueams ») que les parties avaient [TRADUCTION] « accepté les conclusions de fait tirées dans l’une ou l’autre des décisions [*Guerin*] et convenu de n’en contester aucune ».

property taxation powers to bands (subject to ministerial approval), Musqueam passed the *Musqueam Indian Band Assessment By-law* in 1990, and it received ministerial approval in 1991. Section 26(3.2) of the Bylaw allowed an assessor to consider “any restriction placed on the use of the land and improvements *by an interest holder of the land*” (emphasis added). The Bylaw also provided for the appointment by Musqueam’s band council of boards of review to hear appeals of assessments of land.

[7] In 1996, Musqueam amended the Bylaw to direct an assessor to assess reserve land as it would assess a fee simple interest held off-reserve: s. 26(1). At the same time, it amended s. 26(3.2) to provide that “[t]he assessor may include in the factors that he considers . . . any restriction placed on the use of the land and improvements *by the band*” (emphasis added). The Bylaw, as amended, received ministerial approval in July 1996, and Musqueam appointed the British Columbia Assessment Authority to conduct assessments thereunder in the capacity of Assessor for the Musqueam Indian Band.

[8] That same year, Musqueam and 12 other First Nations signed the Framework Agreement on First Nation Land Management (online) with Canada.<sup>2</sup> The Framework Agreement gave signatory First Nations, including Musqueam, the option of managing their reserve lands outside the strictures imposed by the *Indian Act*. More specifically, it allowed those First Nations to develop land codes.

[9] Although the leased lands had consistently been assessed under the Bylaw as a golf and country club, Musqueam in 2011 challenged that assessment before a board of review. It argued that the use

<sup>2</sup> In 1997, one other First Nation also signed the Framework Agreement.

afin de conférer aux bandes les pouvoirs de taxation des biens-fonds (sous réserve de l’approbation du ministre), les Musqueams ont adopté en 1990 le *Musqueam Indian Band Assessment By-law*, qui a été approuvé par le ministre en 1991. Le paragraphe 26(3.2) du Règlement autorisait un évaluateur à tenir compte de [TRADUCTION] « toute restriction quant à l’utilisation du bien-fonds et ses améliorations imposée *par le détenteur d’un intérêt sur le bien-fonds* » (italiques ajoutés). Le Règlement prévoyait également la constitution, par le conseil de bande des Musqueams, de commissions de révision chargées d’entendre les appels de l’évaluation foncière.

[7] En 1996, les Musqueams ont modifié le Règlement afin d’obliger un évaluateur à évaluer les terres de réserve de la même manière qu’il évaluerait un intérêt en fief simple sur un bien-fonds situé hors réserve : par. 26(1). Ils ont en même temps modifié le par. 26(3.2) afin de prévoir que [TRADUCTION] « [l]’évaluateur [puisse] inclure, dans les facteurs dont il tient compte [. . .], toute restriction imposée *par la bande* quant à l’utilisation du bien-fonds et ses améliorations » (italiques ajoutés). En juillet 1996, le ministre a approuvé le Règlement modifié et les Musqueams ont chargé la British Columbia Assessment Authority de mener, en qualité d’évaluateur de la bande indienne des Musqueams, les évaluations prévues au Règlement.

[8] La même année, les Musqueams et 12 autres Premières Nations ont conclu avec le Canada l’Accord-Cadre relatif à la Gestion des Terres de Premières Nations (en ligne)<sup>2</sup>. L’Accord-Cadre donnait aux Premières Nations signataires, dont les Musqueams, la possibilité de gérer leurs terres de réserve sans être liées par les restrictions imposées par la *Loi sur les Indiens*. Plus précisément, il permettait à ces Premières Nations d’élaborer des codes fonciers.

[9] Bien qu’en application du Règlement les terres louées aient toujours été évaluées en tant que terrain de golf, en 2011, les Musqueams ont contesté cette évaluation devant une commission de révision. Ils ont

<sup>2</sup> Une autre Première Nation a signé l’Accord-Cadre en 1997.

restriction in the lease had not been placed “by the band”, as required by s. 26(3.2) of the Bylaw, since the lease was between the Crown and the Club, and not between Musqueam and the Club. Musqueam said that the lands should therefore be assessed as residential property. The Club, conversely, maintained that it was open to the Assessor to consider the use restriction in assessing the lands’ value. The Board of Review stated a case to the British Columbia Supreme Court to resolve the dispute.

### B. *Statutory and Bylaw Provisions*

[10] *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149

37. Except where this Act otherwise provides, lands in a reserve shall not be sold, alienated, leased or otherwise disposed of until they have been surrendered to Her Majesty by the band for whose use and benefit in common the reserve was set apart.

*Musqueam Indian Band Assessment By-law*, 1991

26. . . .

(3.2) Where the [land] and improvements are liable to assessment . . . , the assessor shall include in the factors that he considers under subsection (3), any restriction placed on the use of the land and improvements by an interest holder of the land.

*Musqueam Indian Band Property Assessment By-law*, PR-96-01

26.(1) In this bylaw “actual value” means the market value of the fee simple interest in land and improvements as if the interest holder held a fee simple interest located off reserve.

plaidé que la restriction quant à l’utilisation prévue au bail n’avait pas été imposée [TRADUCTION] « par la bande », conformément au par. 26(3.2) du Règlement, car les parties au bail étaient Sa Majesté et le club de golf, et non les Musqueams et le club de golf. Les Musqueams ont affirmé que les terres devraient en conséquence être évaluées en tant que bien-fonds résidentiel. Le club de golf a affirmé pour sa part que l’évaluateur pouvait tenir compte de la restriction quant à l’utilisation pour apprécier la valeur foncière. La commission de révision a saisi la Cour suprême de la Colombie-Britannique d’un exposé de cause en lui demandant de trancher le litige.

### B. *Dispositions législatives et réglementaires*

[10] *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, c. 149

37. Sauf dispositions contraires de la présente loi, les terres dans une réserve ne doivent être vendues, aliénées ni louées, ou il ne doit en être autrement disposé, que si elles ont été cédées à Sa Majesté par la bande à l’usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté.

*Musqueam Indian Band Assessment By-law*, 1991

[TRADUCTION]

26. . . .

(3.2) Lorsque le [bien-fonds] et les améliorations sont assujettis à l’évaluation [. . .], l’évaluateur inclut dans les facteurs dont il tient compte aux termes du paragraphe (3) toute restriction quant à l’utilisation du bien-fonds et ses améliorations imposée par le détenteur d’un intérêt sur le bien-fonds.

*Musqueam Indian Band Property Assessment By-law*, PR-96-01

[TRADUCTION]

26.(1) Au présent règlement, « valeur réelle » s’entend de la valeur marchande de l’intérêt en fief simple sur le bien-fonds et ses améliorations, comme si le détenteur de l’intérêt détenait un intérêt en fief simple sur un bien-fonds situé hors réserve.

(3) In determining actual value, the assessor may, except where this bylaw has a different requirement, give consideration to present use, location, original cost, replacement cost, revenue or rental value, selling price of the land and improvements and comparable land and improvements both within and without the reserve, economic and functional obsolescence, the market value of comparable land and improvements both within and without the reserve, jurisdiction, community facilities and amenities, and any other circumstances affecting the value of the land and improvements provided such considerations do not conflict with subsection (1).

(3) Pour déterminer la valeur réelle, l'évaluateur peut, sauf si le présent règlement prévoit une exigence différente, tenir compte de l'utilisation actuelle, du lieu, du coût initial, du coût de remplacement, du revenu ou de la valeur locative, du prix de vente du bien-fonds et ses améliorations ainsi que des biens-fonds et améliorations comparables situés dans la réserve ou hors réserve, de la désuétude économique ou fonctionnelle, de la valeur marchande des biens-fonds et améliorations comparables situés dans la réserve ou hors réserve, de la juridiction, des installations communautaires et des services publics, et de toute autre circonstance ayant une incidence sur la valeur du bien-fonds et ses améliorations, pourvu que ces facteurs ne soient pas incompatibles avec le paragraphe (1).

(3.2) The assessor may include in the factors that he considers under subsection (3), any restriction placed on the use of the land and improvements by the band.

(3.2) L'évaluateur peut inclure, dans les facteurs dont il tient compte aux termes du paragraphe (3), toute restriction imposée par la bande quant à l'utilisation du bien-fonds et ses améliorations.

### C. *Judicial History*

#### (1) Supreme Court of British Columbia (Maisonville J.)

[11] The chambers judge concluded that the Assessor could consider the use restriction in the lease. Applying the reasoning in *Vancouver Assessor, Area 9 v. Bramalea Ltd.* (1990), 52 B.C.L.R. (2d) 218 (C.A.), and *Petro-Canada Inc. v. Coquitlam Assessor, Area No. 12* (1991), 61 B.C.L.R. (2d) 86 (S.C.), she concluded that an assessment based on the highest and best use of land should account for what is legally permitted (para. 63 (CanLII)). As to Musqueam's argument that the restriction was imposed by the Crown and not "by the band", she noted that s. 37 of the *Indian Act*, R.S.C. 1952, c.149 (which governed the leasing of reserve lands at the time of the lease between the Crown and the Club), provided that only the Crown could lease reserve lands, which necessitated that Musqueam first surrender them to the Crown (paras. 80-82). The lease with the Club, then, was entered into by the Crown "as trustee for the Band" (para. 87), by virtue of which Musqueam itself should be taken as having entered into the agreement (para. 88). In that light,

### C. *Historique judiciaire*

#### (1) Cour suprême de la Colombie-Britannique (la juge Maisonville)

[11] La juge siégeant en cabinet a conclu que l'évaluateur pouvait tenir compte de la restriction quant à l'utilisation prévue au bail. Après avoir appliqué le raisonnement retenu dans *Vancouver Assessor, Area 9 c. Bramalea Ltd.* (1990), 52 B.C.L.R. (2d) 218 (C.A.), et *Petro-Canada Inc. c. Coquitlam Assessor, Area No. 12* (1991), 61 B.C.L.R. (2d) 86 (C.S.), la juge a conclu qu'une évaluation calculée en fonction de l'utilisation optimale du terrain devrait tenir compte de ce qui est légalement autorisé (par. 63 (CanLII)). Quant à l'argument des Musqueams selon lequel la restriction avait été imposée par Sa Majesté et non [TRADUCTION] « par la bande », elle a fait remarquer que l'art. 37 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, c. 149 (qui régissait la location de terres de réserve à la date où le bail a été conclu entre Sa Majesté et le club de golf), prévoyait que seule Sa Majesté pouvait louer des terres de réserve, et que les Musqueams devaient d'abord céder les terres à Sa Majesté (par. 80-82). C'est donc « en qualité de fiduciaire de la bande » que Sa Majesté

and on a plain reading of the Bylaw, the use restriction in the lease qualifies as a restriction imposed by Musqueam, which may be taken into account by the Assessor (para. 92).

(2) Court of Appeal of British Columbia (Bauman C.J.B.C. and Lowry and Goepel J.J.A.)

[12] While the Court of Appeal allowed Musqueam’s appeal in part so as to vary certain answers to the questions presented in the stated case (which have no bearing on the issues before this Court), it agreed with the chambers judge that the Assessor could consider the use restriction in the lease in assessing the value of the lands. The Assessor’s discretion to consider a restriction on use is limited only by the condition that it be “placed . . . by the band” — which condition is met here (para. 14).

[13] This conclusion, the Court of Appeal added, is affirmed by the pertinent legislative history. The Bylaw, as originally enacted in 1990, “largely paralleled” the provisions of the *Assessment Act*, which had been amended in 1985 to allow use restrictions to be considered in assessing tax-exempt lands (para. 15). The important distinction between the Bylaw and the *Assessment Act*, however, was that the former allowed for consideration of restrictions imposed by “an interest holder”, whereas the latter pertained to restrictions imposed by the owner (para. 19). This left open the possibility under the Bylaw that a lessee of reserve lands, as an “interest holder”, could unilaterally reduce the actual value for assessment purposes (thereby reducing its tax burden) by restricting its own use of the land. The 1996 amendment to s. 26(3.2) of the Bylaw substituting “by the band” for “by an interest holder” was designed to bring that provision into closer conformity with

a conclu le bail avec le club de golf (par. 87), et, de ce fait, il faut considérer que les Musqueams ont eux-mêmes conclu cette entente (par. 88). Par conséquent, et suivant le sens ordinaire des termes du Règlement, la restriction quant à l’utilisation prévue au bail constitue une restriction imposée par les Musqueams, et l’évaluateur peut en tenir compte (par. 92).

(2) Cour d’appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Bauman et les juges Lowry et Goepel)

[12] La Cour d’appel a accueilli en partie l’appel interjeté par les Musqueams de manière à modifier certaines des réponses aux questions soulevées dans l’exposé de cause (lesquelles n’ont aucune incidence sur les questions litigieuses soumises à la Cour dans le présent pourvoi), mais elle a convenu avec la juge siégeant en cabinet que l’évaluateur pouvait tenir compte de la restriction quant à l’utilisation prévue au bail pour apprécier la valeur des terres. La seule limite au pouvoir discrétionnaire qui autorise l’évaluateur à tenir compte de la restriction quant à l’utilisation est la condition portant que la restriction soit [TRADUCTION] « imposée par la bande » — et cette condition est respectée en l’espèce (par. 14).

[13] La Cour d’appel a ajouté que l’historique législatif pertinent confirme cette conclusion. Le Règlement, dans sa version initiale adoptée en 1990, était [TRADUCTION] « essentiellement semblable » aux dispositions de l’*Assessment Act*, laquelle avait été modifiée en 1985 afin de permettre qu’il soit tenu compte des restrictions quant à l’utilisation dans l’évaluation des biens-fonds exempts de taxation (par. 15). Or, il y a une importante distinction entre le Règlement et l’*Assessment Act* : le premier permettait qu’il soit tenu compte des restrictions imposées par « le détenteur d’un intérêt », tandis que dans la seconde, il s’agissait de restrictions imposées par le propriétaire (par. 19). Ainsi, sous le régime du Règlement, un locataire de terres de réserve, en sa qualité de « détenteur d’un intérêt », pouvait unilatéralement réduire la valeur réelle du terrain loué aux fins d’évaluation fiscale (et de ce fait alléger son fardeau fiscal) en restreignant sa propre

the *Assessment Act* by precluding a lessee of reserve lands from unilaterally reducing its tax burden by imposing restrictions on use, while allowing an assessor to take into account use restrictions that are imposed upon the lessee by Musqueam itself (para. 21).

[14] Further, in the Court of Appeal's view, the fact that the Crown — and not Musqueam — had entered into the lease with the Club did not preclude the Assessor from accounting for the lease's use restriction as having been placed "by the band". While, in the circumstances (which included Musqueam's decision to surrender the property to the Crown for lease to the Club), the Crown was "clearly acting 'on behalf of' [Musqueam] in entering into the lease", it is not necessary to go so far as to read the words "on behalf of" into s. 26(3.2) to establish that the use restriction was a restriction placed "by the band" (para. 28). Rather, Musqueam itself "placed the restriction on the Club's use of the property when it surrendered the property to the Crown" (para. 28). Moreover, to interpret s. 26(3.2) as requiring Musqueam to act directly — that is, without the intervening role of the Crown — in placing the restriction on the lands would render the provision meaningless, since Musqueam could have acted only through the Crown (para. 29).

### III. Analysis

[15] I have already referred to the narrow question presented by this appeal, being whether the Bylaw permits the Assessor to consider the use restriction imposed upon the Club under the lease. It bears observing that no party contests Musqueam's power to tax or to manage its reserve lands. Those powers clearly subsist. The issue before this Court goes only to the permissible effect, if any, of a specific provision of the Bylaw on the assessment of

utilisation du terrain. Selon la modification apportée au par. 26(3.2) du Règlement en 1996, la substitution des termes « par la bande » aux termes « par le détenteur d'un intérêt » visait à harmoniser le texte de cette disposition à celui de l'*Assessment Act* en empêchant un locataire de terres de réserve d'alléger unilatéralement son fardeau fiscal en restreignant l'utilisation des terres louées, et à autoriser un évaluateur à tenir compte des restrictions quant à l'utilisation que les Musqueams eux-mêmes imposent au locataire (par. 21).

[14] En outre, selon la Cour d'appel, le fait que Sa Majesté — et non les Musqueams — avait conclu le bail avec le club de golf n'empêchait pas l'évaluateur de considérer que la restriction quant à l'utilisation prévue au bail avait été imposée [TRADUCTION] « par la bande ». Bien que, dans les circonstances (notamment la décision des Musqueams de céder le bien-fonds à Sa Majesté pour que celle-ci le loue au club de golf), Sa Majesté [TRADUCTION] « agissait manifestement "pour le compte" [des Musqueams] lorsqu'elle a conclu le bail », il n'était pas nécessaire en plus que l'on ajoute par interprétation les mots « pour le compte » au par. 26(3.2) pour établir que la restriction quant à l'utilisation était imposée « par la bande » (par. 28). Ce sont plutôt les Musqueams eux-mêmes qui « ont imposé au club de golf une restriction quant à l'utilisation du bien-fonds au moment où ils l'ont cédé à Sa Majesté » (par. 28). De plus, une interprétation du par. 26(3.2) exigeant que les Musqueams imposent eux-mêmes la restriction sur le bien-fonds — c'est-à-dire sans que Sa Majesté intervienne — rendrait la disposition vide de sens puisque les Musqueams ne pouvaient agir que par l'entremise de Sa Majesté (par. 29).

### III. Analyse

[15] J'ai déjà énoncé la question précise que soulève le présent pourvoi, soit celle de savoir si le Règlement permet à l'évaluateur de tenir compte de la restriction quant à l'utilisation que le bail impose au club de golf. Il convient de faire remarquer qu'aucune des parties ne conteste le pouvoir des Musqueams de lever une taxe foncière sur ses terres de réserve ou de les gérer. Ces pouvoirs sont manifestement toujours siens. La question soumise

the actual value for the purposes of taxation by Musqueam of the reserve lands leased to the Club.

[16] Resolving this issue is a matter of interpreting s. 26(3.2) of the Bylaw, which entails discerning its meaning by examining its terms in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, in harmony with the Bylaw's scheme and objects: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21. Having been enacted under Musqueam's delegated authority under s. 83(1)(a) of the *Indian Act*, the Bylaw must be given "such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects": *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 12.

[17] All parties agree that the context in which the Bylaw was enacted includes the statutory history of the *Assessment Act*. From its enactment in 1974<sup>3</sup> until 1985, assessment of property in British Columbia, both on- and off-reserve, was based upon the "actual value of the land", without consideration of use restrictions. In 1985, the Act was amended to direct the assessor to consider "any restriction placed on the use of the land and improvements by the owner of the fee".<sup>4</sup> This amendment was passed in response to the decision of the British Columbia Supreme Court in *British Columbia (Assessment Commissioner) v. Ryan*, [1979] B.C.J. No. 1966 (QL), which held (at para. 14) that "the assessment of leasehold interests in Crown lands must be based on the actual value of the lands and improvements as if such lands were owned in fee-simple by the occupier rather than merely being leased". The driving concern, then, behind the 1985 amendment was to avoid the unfairness that would otherwise result from imposing upon a lessee a tax burden based on a value associated with a use to which, by reason of use restrictions contained in the lease, the lessee could never put the demised land. This is confirmed by the Minister of Finance's explanation on

<sup>3</sup> *Assessment Act*, S.B.C. 1974, c. 6.

<sup>4</sup> *Assessment and Taxation (Miscellaneous Amendments) Act*, 1985, S.B.C. 1985, c. 20, s. 5.

à la Cour ne concerne que l'effet permissif, s'il en est, que peut avoir une disposition précise du Règlement sur l'appréciation, à des fins de taxation par les Musqueams, de la valeur réelle des terres de réserve louées au club de golf.

[16] La réponse à cette question repose sur l'interprétation du par. 26(3.2) du Règlement, et il faut donc en dégager le sens en examinant ses termes dans leur contexte global et suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie et l'objet du Règlement : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21. Comme le Règlement a été pris en vertu du pouvoir délégué aux Musqueams conformément à l'al. 83(1)a de la *Loi sur les Indiens*, il doit être interprété « de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet » : *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 12.

[17] Toutes les parties s'entendent pour dire que l'historique législatif de l'*Assessment Act* fait partie du contexte dans lequel le Règlement a été adopté. Depuis son adoption en 1974<sup>3</sup> jusqu'en 1985, l'évaluation en Colombie-Britannique des biens-fonds situés dans une réserve ou hors réserve reposait sur [TRADUCTION] « la valeur foncière réelle », sans qu'il ne soit tenu compte des restrictions quant à l'utilisation. En 1985, cette loi a été modifiée afin d'obliger l'évaluateur à tenir compte de « toute restriction imposée par le propriétaire quant à l'utilisation du bien-fonds et ses améliorations »<sup>4</sup>. Cette modification a été adoptée en réponse à la décision *British Columbia (Assessment Commissioner) c. Ryan*, [1979] B.C.J. No. 1966 (QL), dans laquelle la Cour suprême de la Colombie-Britannique a jugé (au par. 14) que [TRADUCTION] « les intérêts à bail sur des terres domaniales doivent être évalués en fonction de la valeur réelle des terres et leurs améliorations comme si l'occupant de ces terres les détenait en fief simple au lieu de simplement les louer ». La modification de 1985 visait donc principalement à éviter l'iniquité qui découlerait par ailleurs du fait d'imposer au locataire un fardeau fiscal fondé sur une valeur associée à une utilisation dont celui-ci

<sup>3</sup> *Assessment Act*, S.B.C. 1974, c. 6.

<sup>4</sup> *Assessment and Taxation (Miscellaneous Amendments) Act*, 1985, S.B.C. 1985, c. 20, art. 5.

second reading that the amendment “specifies that properties held under a Crown lease . . . are to be assessed at their value for those uses permitted by the lease”: British Columbia, Legislative Assembly, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, 3rd Sess., 33rd Parl., May 3, 1985, at p. 5934.

[18] Musqueam and the respondents agree that the Bylaw, as originally enacted in 1991, permitted an assessor to take into account the terms of the lease restricting the Club’s use of the lands to a golf and country club. And, indeed, nothing changed with respect to the lands’ assessment when Musqueam assumed property taxation powers — that is, they continued to be assessed as a golf and country club. The parties differ, however, on the significance of the 1996 amendment to s. 26(3.2) of the Bylaw. The Club and the Assessor agree with the Court of Appeal’s reasoning on this point. That is, they say that, by moving from allowing an assessor to consider restrictions placed “by an interest holder” to restrictions imposed “by the band”, Musqueam was merely precluding a lessee from unilaterally lowering the assessed actual value of leased land by crafting a more restricted use. Musqueam, however, contends that the 1996 amendment was intended to account for the powers it acquired under the Framework Agreement to develop land codes.

[19] Musqueam also advances two arguments that draw a link between the amended wording of s. 26(3.2), and ss. 26(1) and 26(3) of the Bylaw. Section 26(1) defines “actual value” as the market value of the fee simple interest in land and improvements “as if the interest holder held a fee simple interest located off reserve”. Section 26(3) lists various factors that an assessor may take into account, along with “any other circumstances affecting the value of the land and improvements provided such considerations do not conflict with subsection (1)”.

ne pourrait jamais jouir en raison des restrictions prévues au bail. L’explication fournie par le ministre des Finances à l’étape de la deuxième lecture confirme que cette modification [TRADUCTION] « précise que les biens-fonds visés par un bail consenti par Sa Majesté [. . .] doivent être évalués en fonction de la valeur rattachée à l’utilisation autorisée dans le bail » : Colombie-Britannique, Assemblée législative, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, 3<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., 3 mai 1985, p. 5934.

[18] Les Musqueams et les intimés reconnaissent que le Règlement, dans sa forme initiale édictée en 1991, autorisait un évaluateur à tenir compte des conditions du bail qui exigent que le club de golf limite l’utilisation des terres à un terrain de golf. Et, dans les faits, l’évaluation des terres n’a pas changé lorsque les Musqueams ont obtenu le pouvoir de prélever des impôts fonciers — c’est-à-dire que l’on a continué d’évaluer ces terres en tant que terrain de golf. Toutefois, les parties ne s’entendent pas sur la signification de la modification apportée en 1996 au par. 26(3.2) du Règlement. Le club de golf et l’évaluateur souscrivent au raisonnement de la Cour d’appel sur ce point. Selon eux, en autorisant un évaluateur à tenir compte des restrictions imposées [TRADUCTION] « par la bande » plutôt que celles imposées « par le détenteur d’un intérêt », les Musqueams empêchaient simplement le locataire de limiter l’utilisation du terrain loué et ainsi d’en réduire unilatéralement la valeur réelle telle qu’évaluée. Les Musqueams affirment cependant que la modification de 1996 visait à tenir compte des pouvoirs d’établir des codes fonciers que l’Accord-Cadre lui avait conférés.

[19] Les Musqueams soulèvent également deux arguments qui établissent un lien entre le texte modifié du par. 26(3.2) et les par. 26(1) et 26(3) du Règlement. Selon le par. 26(1), [TRADUCTION] « valeur réelle » s’entend de la valeur marchande de l’intérêt en fief simple sur le bien-fonds et ses améliorations « comme si le détenteur de l’intérêt détenait un intérêt en fief simple sur un bien-fonds situé hors réserve ». Le paragraphe 26(3) énumère divers facteurs dont un évaluateur peut tenir compte et mentionne « toute autre circonstance ayant une incidence

Section 26(3.2) expressly provides that the factors which may be taken into account under s. 26(3) include “any restriction placed on the use of the land and improvements by the band”. Musqueam argues, first, that the “restriction” in s. 26(3.2) is subject to s. 26(3)’s condition that it “not conflict with subsection (1)”. That is, consideration of use restrictions under s. 26(3.2) must not derogate from s. 26(1)’s direction that actual value be determined on the basis of the market value of an off-reserve fee simple interest. Musqueam’s second argument draws from the text of s. 26(3.2) permitting an assessor to consider, among the factors considered under s. 26(3), any “restriction” on use placed “by the band”. In Musqueam’s submission, this refers only to restrictive covenants placed by Musqueam itself, and not by the Crown acting on its behalf.

[20] The grammatical and ordinary meaning of the text of s. 26(3.2) of the Bylaw supports the Club’s and the Assessor’s submissions. Aside from the direction inserted into s. 26(1) to an assessor to assess reserve lands as a fee simple interest held off-reserve, the only relevant substantive change to the Bylaw made by the 1996 amendment was to narrow the range of restrictions on use which an assessor is expressly permitted by s. 26(3.2) to take into account, from those imposed by an interest holder (which would include a lessee) to those imposed only by Musqueam itself. The irresistible conclusion to be drawn from that text, read in light of the legislative history of the *Assessment Act*, is that the 1996 amendment to s. 26(3.2) was designed to address the very mischief which the Court of Appeal says drove its enactment.

sur la valeur du bien-fonds et ses améliorations, pourvu que ces facteurs ne soient pas incompatibles avec le paragraphe (1) ». Le paragraphe 26(3.2) prévoit expressément que les facteurs prévus au par. 26(3) dont un évaluateur peut tenir compte incluent « toute restriction imposée par la bande quant à l’utilisation du bien-fonds et ses améliorations ». Les Musqueams plaident, en premier lieu, que les « restriction[s] » visées au par. 26(3.2) sont assujetties à la condition énoncée au par. 26(3) selon laquelle elles ne doivent pas être « incompatibles avec le paragraphe (1) ». C’est-à-dire que la prise en compte des restrictions quant à l’utilisation prévue au par. 26(3.2) ne doit pas déroger à l’obligation prévue au par. 26(1) d’établir la valeur réelle en fonction de la valeur marchande d’un intérêt en fief simple sur un bien-fonds situé hors réserve. Dans leur deuxième argument, les Musqueams se fondent sur le texte du par. 26(3.2) qui permet à un évaluateur de prendre en compte, parmi les facteurs énoncés au par. 26(3), toute « restriction » quant à l’utilisation imposée « par la bande ». Selon l’argument des Musqueams, la restriction renvoie aux clauses restrictives imposées par les Musqueams eux-mêmes, et non pas aux restrictions imposées par Sa Majesté agissant pour leur compte.

[20] Le sens ordinaire et grammatical du texte du par. 26(3.2) du Règlement appuie les arguments présentés par le club de golf et l’évaluateur. Hormis la directive prévue au par. 26(1) qui impose à un évaluateur d’évaluer les terres de réserve comme s’agissant d’un intérêt en fief simple sur un bien-fonds situé hors réserve, la seule modification de fond importante apportée au Règlement en 1996 visait à limiter la portée des restrictions quant à l’utilisation que le par. 26(3.2) autorise expressément un évaluateur à prendre en compte, substituant celles qu’imposent les Musqueams eux-mêmes à celles qu’impose le détenteur d’un intérêt (et notamment un locataire). La conclusion irrésistible qu’il faut tirer de ce texte, interprété à la lumière de l’historique législatif de l’*Assessment Act*, est que la modification apportée en 1996 au par. 26(3.2) visait à régler le problème qui, selon la Cour d’appel, a motivé son adoption.

[21] Further, I find none of Musqueam’s arguments to be persuasive.

[22] First, while the Framework Agreement contemplated devolving new powers to restrict the use of Musqueam’s reserve lands, those powers did not necessitate the 1996 amendment to the Bylaw. Under general appraisal principles, restrictions on use of leasehold land would already have been accounted for in assessing the highest and best use: J. D. Eaton, *Real Estate Valuation in Litigation* (2nd ed. 1995), at p. 133; see also Appraisal Institute of Canada, *The Appraisal of Real Estate* (3rd Canadian ed. 2010), at pp. 12.4-12.5; *Burnaby/New Westminster Assessor, Area No. 10 v. Central Park Citizen Society* (1993), 86 B.C.L.R. (2d) 24 (S.C.), at para. 28.

[23] Moreover, while the Framework Agreement signalled the possibility of change in First Nations’ land management, such change was neither immediate nor inevitable. Three years passed before Parliament enacted implementing legislation and, as the Court of Appeal observed, Musqueam’s land code was not drafted until 2012. This tends to undermine Musqueam’s claim of a link between the 1996 amendment and the Framework Agreement.

[24] As to Musqueam’s argument regarding the relationship of s. 26(3.2) to ss. 26(1) and 26(3), and in particular to s. 26(3)’s condition (“provided such considerations do not conflict with subsection (1)”), that condition must be read in its entire context. It pertains to s. 26(3)’s reference to the “other circumstances affecting the value of the land”, not to all considerations which may be relevant in the tax assessment context. More particularly, the argument that ss. 26(1) and 26(3), taken together, preclude an assessor from considering under s. 26(3.2) the impact upon actual value of leasehold interests is undermined by the inclusion of factors in s. 26(3), such as “present use” or “revenue or rental value”, that would likely “conflict with subsection (1)”. That

[21] Qui plus est, j’estime qu’aucun des arguments présentés par les Musqueams n’est convaincant.

[22] Premièrement, si l’on envisageait dans l’Accord-Cadre d’accorder de nouveaux pouvoirs permettant de restreindre l’utilisation des terres de réserve des Musqueams, ces pouvoirs ne rendaient pas nécessaire la modification apportée au Règlement en 1996. Suivant les principes généraux en matière d’évaluation, les restrictions quant à l’utilisation des propriétés à bail étaient déjà prises en compte dans l’évaluation de l’utilisation optimale : J. D. Eaton, *Real Estate Valuation in Litigation* (2<sup>e</sup> éd. 1995), p. 133; voir également Institut canadien des évaluateurs, *The Appraisal of Real Estate* (3<sup>e</sup> éd. canadienne 2010), p. 12.4-12.5; *Burnaby/New Westminster Assessor, Area No. 10 c. Central Park Citizen Society* (1993), 86 B.C.L.R. (2d) 24 (C.S.), par. 28.

[23] De plus, même si l’Accord-Cadre signalait la possibilité d’un changement dans la gestion des terres des Premières Nations, ce changement n’était ni immédiat, ni inévitable. Trois années se sont écoulées avant l’adoption par le Parlement d’une loi de mise en œuvre de cet Accord-Cadre, et comme la Cour d’appel l’a fait remarquer, le code foncier des Musqueams n’a été rédigé qu’en 2012. Ces faits tendent à miner la prétention des Musqueams quant à l’existence d’un lien entre la modification de 1996 et l’Accord-Cadre.

[24] Quant à l’argument des Musqueams concernant le lien entre le par. 26(3.2) et les par. 26(1) et 26(3), et plus particulièrement le lien avec la condition énoncée au par. 26(3) ([TRADUCTION] « pourvu que ces facteurs ne soient pas incompatibles avec le paragraphe (1) »), cette condition doit être interprétée dans son contexte global. Elle s’applique à la mention, au par. 26(3), de toute « autre circonstance ayant une incidence sur la valeur du bien-fonds », et non à tous les facteurs qui peuvent s’avérer importants dans le contexte de l’évaluation fiscale. En particulier, l’argument selon lequel les par. 26(1) et 26(3), considérés ensemble, empêchent un évaluateur de tenir compte, conformément au par. 26(3.2), de l’effet des intérêts à bail sur la valeur réelle est

condition, therefore, is clearly intended to apply as its position within the text of s. 26(3) suggests — that is, only to “other circumstances affecting the value of the land and improvements”, and not to the other factors listed in s. 26(3) or to the additional consideration permitted under s. 26(3.2).

[25] Turning to Musqueam’s argument which relies upon the text of s. 26(3.2)’s reference to a “restriction” placed “by the band”, it bears stressing that the full phrase which appears in s. 26(3.2) is “*any* restriction placed on the use of the land” (emphasis added). In my view, the grammatical and ordinary meaning of this text is not as narrow as Musqueam submits. It is simply not possible to view the term “any restriction” as exclusively descriptive of a restrictive covenant. There is nothing in s. 26(3.2) or anywhere else in the Bylaw which is remotely supportive of such a confined meaning. It must also be borne in mind that the text of s. 26(3.2) has *always* contained the term “any restriction”, which strongly suggests that the retention of that term in the amendment to s. 26(3.2) cannot be taken as having reduced the scope of restrictions that may be considered.

[26] Musqueam points to two decisions from British Columbia — *Central Park Citizen Society and Westbank Holdings Ltd. v. Westgate Shopping Centre Ltd.*, 2001 BCCA 268, 155 B.C.A.C. 1. They are, however, of no assistance. *Central Park Citizen Society* concerned the common law rule that restrictions on use will be relevant to assessments only if they run with the land. *Westbank Holdings* states the criteria to be met for a restrictive covenant to exist. Neither of these authorities supports Musqueam’s submission that s. 26(3.2)’s reference to “any restriction” was intended to capture only restrictive covenants.

compromis par l’inclusion, au par. 26(3), des facteurs que sont « l’utilisation actuelle » et « [le] revenu ou [. . .] la valeur locative », qui seraient probablement « incompatibles avec le paragraphe (1) ». Par conséquent, cette condition est manifestement censée s’appliquer, comme le suggère l’endroit où elle se trouve dans le texte du par. 26(3), uniquement à « toute autre circonstance ayant une incidence sur la valeur du bien-fonds et ses améliorations », et non aux autres facteurs énumérés au par. 26(3) ni aux facteurs additionnels que le par. 26(3.2) permet de prendre en compte.

[25] Pour ce qui est de l’argument des Musqueams qui repose sur la mention, au par. 26(3.2), de toute [TRADUCTION] « restriction imposée par la bande », il convient de signaler que le texte complet de cette partie du par. 26(3.2) est le suivant : « *toute* restriction imposée [. . .] quant à l’utilisation du bien-fonds » (italiques ajoutés). À mon avis, le sens ordinaire et grammatical de ce texte n’est pas aussi limité que le prétendent les Musqueams. Il n’est simplement pas possible que les termes « toute restriction » renvoient exclusivement à une clause restrictive. Rien dans le par. 26(3.2), ni ailleurs dans le texte du Règlement, n’étaye un tant soit peu un sens aussi circonscrit. Il faut également se rappeler que les termes « toute restriction » ont *toujours* fait partie du texte du par. 26(3.2), ce qui indique fortement que le fait qu’ils aient été repris dans la modification apportée au par. 26(3.2) ne permet pas de dire qu’ils réduisent la portée des restrictions qui peuvent être prises en compte.

[26] Les Musqueams citent deux décisions de la Colombie-Britannique — *Central Park Citizen Society* et *Westbank Holdings Ltd. c. Westgate Shopping Centre Ltd.*, 2001 BCCA 268, 155 B.C.A.C. 1. Ces décisions ne sont toutefois d’aucun secours. *Central Park Citizen Society* concerne la règle de common law selon laquelle les restrictions quant à l’utilisation ne seront utiles pour les évaluations que si elles se rattachent au bien-fonds. *Westbank Holdings* énonce les critères auxquels il faut satisfaire pour établir l’existence d’une clause restrictive. Aucune de ces décisions n’étaye l’argument des Musqueams selon lequel la mention, au par. 26(3.2), de [TRADUCTION] « toute restriction » ne visait que les clauses restric-

[27] Musqueam further argues that the term “placed . . . by the band” in s. 26(3.2) bars consideration of the lease with the Club. Section 1(1) of the Bylaw defines the “band” as Musqueam. And, since the lease was concluded with the Crown (and not Musqueam), the use restriction contained in the lease was not “placed . . . by the band”. The Court of Appeal, Musqueam says, was wrong to read into s. 26(3.2) the words “on behalf of”, thereby allowing the Assessor to consider restrictions on use that Musqueam had not placed.

[28] I agree with Musqueam that, if the Assessor is to consider a restriction under s. 26(3.2), it must be a restriction that was actually placed by Musqueam, and not by the Crown. That said, the legal mechanism by which reserve lands could be leased at the time this lease was granted supports the conclusion that the use restriction contained therein was in fact placed *by Musqueam* and may therefore be considered by the Assessor. While it is true that the lease was between the Club and the Crown, and not between the Club and Musqueam, the Crown’s intervention was necessitated by the *Indian Act* which, as the chambers judge noted, provided at the material time that reserve lands could not be leased without first being surrendered to the Crown. Section 26(3.2) of the Bylaw must be read in light of this statutorily mandated Crown role in taking title to reserve lands which are to be leased. Without more, the fact of that role does not preclude a finding that the use restriction in the lease was placed “by the band”. The only way Musqueam could have placed the use restriction in the lease was through the Crown’s intervention.

[29] That the use restriction in the lease was placed by Musqueam, and not by the Crown, is also affirmed by the agreed statement of facts, and more

[27] Les Musqueams affirment en outre que les termes [TRADUCTION] « imposée par la bande » qui figurent au par. 26(3.2) empêchent qu’il soit tenu compte du bail conclu avec le club de golf. Selon le par. 1(1) du Règlement, la « bande » (*band*) s’entend des Musqueams. Et comme le bail a été conclu avec Sa Majesté (et non les Musqueams), la restriction quant à l’utilisation contenue dans le bail n’a pas été « imposée par la bande ». Les Musqueams affirment que la Cour d’appel a eu tort d’ajouter par interprétation au par. 26(3.2) les mots [TRADUCTION] « pour le compte de », autorisant ainsi l’évaluateur à tenir compte de restrictions quant à l’utilisation que les Musqueams n’avaient pas imposées.

[28] Je suis d’accord avec les Musqueams pour dire que, si l’évaluateur doit tenir compte d’une restriction visée au par. 26(3.2), il doit s’agir d’une restriction que les Musqueams ont eux-mêmes imposée, et non d’une restriction imposée par Sa Majesté. Cela dit, le mécanisme juridique par lequel les terres de réserve pouvaient être louées à l’époque où le bail en cause a été conclu appuie la conclusion suivant laquelle la restriction quant à l’utilisation prévue au bail a, en réalité, été imposée *par les Musqueams*, et par conséquent, l’évaluateur peut en tenir compte. Il est vrai que le bail a été conclu entre le club de golf et Sa Majesté, et non entre le club de golf et les Musqueams, mais l’intervention de Sa Majesté était rendue nécessaire par la *Loi sur les Indiens*, laquelle, comme l’a fait remarquer la juge siégeant en cabinet, prévoyait alors que les terres d’une réserve ne pouvaient être louées que si elles étaient d’abord cédées à Sa Majesté. Le paragraphe 26(3.2) du Règlement doit être interprété à la lumière de ce rôle conféré par la loi à Sa Majesté qui l’obligeait à acquérir le titre sur les terres de réserve devant être louées. Sans aucun autre élément, l’existence de ce rôle n’empêche pas de conclure que la restriction quant à l’utilisation prévue au bail était imposée « par la bande ». Seule une intervention de Sa Majesté pouvait permettre aux Musqueams d’inclure au bail une restriction quant à l’utilisation des terres louées.

[29] L’exposé conjoint des faits, et plus particulièrement les conclusions de fait tirées dans la décision *Guerin c. La Reine*, [1982] 2 C.F. 385 (1<sup>re</sup> inst.), —

particularly by the findings of fact made in *Guerin v. The Queen*, [1982] 2 F.C. 385 (T.D.), adopted by all parties for the purposes of this appeal.

[30] The trial judge's finding in *Guerin* of a breach of trust by the Crown arose from its decision to lease the lands on terms inconsistent with Musqueam's intention. Further, he found that Musqueam's intention was to lease the lands to the Club:

I have said the Crown knew, at that stage, it was a potential trustee. It knew of the intent of the Band to surrender the lands. The resolution, set out above, does not refer to an unqualified surrender for leasing to anyone. The whole implication of the resolution is that the contemplated surrender was for purposes of a lease with the golf club on terms.

. . . From April 7, 1957 on, all discussions with the Band Council were confined to the proposed lease of those particular lands to the golf club.

The defendant, through the personnel and officials of the Indian Affairs Branch, breached her duty as a trustee. The 162 acres were not leased to the golf club on the terms and conditions authorized by the Band. [pp. 417-18]

[31] Musqueam stresses that there is nothing in the *Guerin* trial decision, the record or the surrender document that supports the conclusion that Musqueam itself placed the restriction on the use of the lands. It points in particular to the broad language of the surrender document, which mentioned neither the lease nor the Club, but simply states that the lands are surrendered in trust to the Crown to be leased "upon such terms as the Government of Canada may deem most conducive to our Welfare and that of our people" (cited in *Guerin* (F.C.), at p. 407).

auxquelles toutes les parties aux présentes se sont ralliées pour les besoins du présent pourvoi —, confirme lui aussi que ce sont les Musqueams, et non Sa Majesté, qui ont inscrit dans le bail la restriction quant à l'utilisation.

[30] Dans l'affaire *Guerin*, le juge de première instance a conclu que le manquement de Sa Majesté à son obligation de fiduciaire découlait de sa décision de louer les terres à des conditions qui ne correspondaient pas à la volonté des Musqueams. Il a en outre conclu que les Musqueams avaient voulu louer les terrains au club de golf :

Comme je l'ai dit, la Couronne savait, à ce stade, qu'elle pouvait devenir fiduciaire. Elle savait que la bande avait l'intention de céder les terrains. La résolution précitée ne parle pas d'une cession sans condition pour location à qui l'on voudra. L'ensemble de la résolution sous-entend que la cession est faite pour location, à certaines conditions, au club de golf.

. . . À compter du 7 avril 1957, toutes les discussions avec le conseil de bande se rapportent à la location envisagée de ces terrains au club de golf.

La défenderesse, par son personnel et les fonctionnaires de la Direction des affaires indiennes, a manqué à ses obligations de fiduciaire. Les 162 acres n'ont pas été louées au club de golf aux conditions que la bande indienne avait autorisées. [p. 417-418]

[31] Les Musqueams soulignent que rien dans la décision en première instance dans *Guerin*, ni dans le dossier ou l'acte de cession, n'étaye la conclusion selon laquelle la restriction quant à l'utilisation des terres a été imposée par les Musqueams eux-mêmes. Ils signalent en particulier les termes généraux de l'acte de cession — lequel ne comporte aucune mention du bail ni du club de golf — qui indique simplement que les terres sont cédées à Sa Majesté, en fiducie, pour être louées [TRADUCTION] « aux conditions, que le gouvernement du Canada jugera les plus favorables à notre bien-être et à celui de notre peuple » (cité dans *Guerin* (C.F.), p. 407).

[32] Ironically, it was the Crown which, in *Guerin*, relied upon the broad language of the surrender document in arguing that it could lease the lands on such terms as it saw fit. Recognizing the importance of Musqueam’s intended terms and the statutory context within which the surrender was made, the trial judge in *Guerin* — as I have already noted above — specifically rejected that argument, noting that “[t]he whole implication of the resolution is that the contemplated surrender was for purposes of a lease with the golf club on terms.” The significance of these terms was also unanimously recognized by this Court (see *Guerin*, at p. 388, per Dickson J. (as he then was); p. 354, per Wilson J.; and p. 393, per Estey J.).

[33] While, therefore, the surrender document makes no mention of the lease or the Club, the context in which the surrender occurred and the lands were demised clarifies that Musqueam intended that the lands be leased to the Club. It was not necessary for Musqueam to have stipulated a specific restriction on use, since it is implicit from this context that the lands would be used as a golf and country club. Given that context, the use restriction in the lease was placed “by the band”. To conclude otherwise would be to depart from the unavoidable implications of the findings of fact which supported this Court’s decision in *Guerin* to order the Crown to compensate Musqueam for its unconscionable conduct.

#### IV. Conclusion and Disposition

[34] Section 26(3.2) permits the Assessor to consider the use restriction in the lease between the Crown and the Club in determining the value of the demised reserve lands for assessment purposes. I would therefore dismiss the appeal, with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

[32] Ironiquement, c’est Sa Majesté qui, dans l’affaire *Guerin*, s’appuyait sur les termes généraux de l’acte de cession pour affirmer qu’elle pouvait louer les terres aux conditions qu’elle jugeait indiquées. Après avoir reconnu l’importance des conditions posées par les Musqueams et du contexte législatif dans lequel la cession a été réalisée, le juge de première instance dans *Guerin* — comme je l’ai fait remarquer — a spécifiquement rejeté cet argument, signalant que « [l]’ensemble de la résolution sous-entend que la cession est faite pour location, à certaines conditions, au club de golf. » La Cour à l’unanimité a reconnu l’importance de ces conditions (voir *Guerin*, p. 388, le juge Dickson (plus tard Juge en chef); p. 354, la juge Wilson; et p. 393, le juge Estey).

[33] Or, il est vrai que l’acte de cession ne comporte aucune mention du bail ni du club de golf, mais le contexte dans lequel la cession a eu lieu et les terres ont été cédées à bail montre clairement que les Musqueams voulaient que les terres soient louées au club de golf. Il n’était pas nécessaire que les Musqueams aient prévu une clause précise pour restreindre l’utilisation, puisqu’il était implicite dans ce contexte que les terres seraient utilisées comme terrain de golf. Compte tenu de ce contexte, la restriction quant à l’utilisation prévue au bail était imposée « par la bande ». Tirer une conclusion différente irait à l’encontre des effets inévitables des conclusions de fait sur lesquelles reposait la décision prise par la Cour dans l’arrêt *Guerin* d’ordonner à Sa Majesté d’indemniser les Musqueams pour sa conduite inéquitable.

#### IV. Conclusion et dispositif

[34] Le paragraphe 26(3.2) autorise l’évaluateur à tenir compte de la restriction quant à l’utilisation prévue au bail conclu entre Sa Majesté et le club de golf pour déterminer, aux fins d’évaluation, la valeur des terres de réserve cédées à bail. Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi, avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Solicitors for the appellant: Mandell Pinder, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent the Assessor for the Musqueam Indian Band: Crease Harman, Victoria.*

*Solicitors for the respondent the Shaughnessy Golf and Country Club: Hunter Litigation Chambers, Vancouver; Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener: Nanda & Company, Edmonton.*

*Procureurs de l'appelante : Mandell Pinder, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé Assessor for the Musqueam Indian Band : Crease Harman, Victoria.*

*Procureurs de l'intimé Shaughnessy Golf and Country Club : Hunter Litigation Chambers, Vancouver; Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant : Nanda & Company, Edmonton.*

**Ledcor Construction Limited** *Appellant*

v.

**Northbridge Indemnity Insurance Company,  
Royal & Sun Alliance Insurance Company  
of Canada and Chartis Insurance Company  
of Canada** *Respondents*

- and -

**Station Lands Ltd.** *Appellant*

v.

**Commonwealth Insurance Company,  
GCAN Insurance Company and  
American Home Assurance Company**  
*Respondents*

**INDEXED AS: LEDCOR CONSTRUCTION LTD. v.  
NORTHBRIDGE INDEMNITY INSURANCE CO.**

**2016 SCC 37**

File No.: 36452.

2016: March 30; 2016: September 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ALBERTA

*Insurance — Property insurance — All risks policy  
— Exclusion clauses — Interpretation — Builders' risk  
policy excluding from coverage cost of making good faulty  
workmanship — Windows of building under construction  
scratched by contractor hired to clean them and windows  
needing replacement — Whether faulty workmanship ex-  
clusion to coverage applicable.*

*Appeals — Courts — Standard of review — Contractual  
interpretation — Standard of appellate review ap-  
plicable to trial judge's interpretation of standard form  
insurance contract.*

**Ledcor Construction Limited** *Appelante*

c.

**Société d'assurance d'indemnisation  
Northbridge, Royal & Sun Alliance  
du Canada, société d'assurances et  
Compagnie d'assurance Chartis  
du Canada** *Intimées*

- et -

**Station Lands Ltd.** *Appelante*

c.

**Commonwealth Insurance Company,  
GCAN Insurance Company et  
American Home Assurance Company**  
*Intimées*

**RÉPERTORIÉ : LEDCOR CONSTRUCTION LTD. c.  
SOCIÉTÉ D'ASSURANCE D'INDEMNISATION  
NORTHBRIDGE**

**2016 CSC 37**

N° du greffe : 36452.

2016 : 30 mars; 2016 : 15 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

*Assurances — Assurances de biens — Police d'assu-  
rance tous risques — Clauses d'exclusion — Interpré-  
tation — Police d'assurance chantier soustrayant à la  
garantie les frais engagés pour remédier à une malfa-  
çon — Besoin de remplacer les fenêtres d'un immeuble  
en construction égratignées par l'entrepreneur qui avait  
été engagé pour les nettoyer — L'exclusion relative à la  
malfaçon s'applique-t-elle?*

*Appels — Tribunaux — Norme de contrôle — In-  
terprétation contractuelle — Norme de contrôle qu'il  
convient d'appliquer en appel à l'interprétation d'un  
contrat d'assurance type retenue par le juge de première  
instance.*

During construction, a building's windows were scratched by the cleaners hired to clean them. The cleaners used improper tools and methods in carrying out their work, and as a result, the windows had to be replaced. The building's owner and the general contractor in charge of the construction project claimed the cost of replacing the windows against a builders' risk insurance policy issued in their favour and covering all contractors involved in the construction. The insurers denied coverage on the basis of an exclusion contained in the policy for the "cost of making good faulty workmanship".

The trial judge held the insurers liable, finding that the exclusion clause was ambiguous and that the rule of *contra proferentem* applied against the insurers. The Court of Appeal reversed that decision. Applying the correctness standard of review to the interpretation of the policy, the court held that the trial judge had improperly applied the rule of *contra proferentem* because the exclusion clause was not ambiguous. The court devised a new test of physical or systemic connectedness to determine whether physical damage was excluded as the "cost of making good faulty workmanship" or covered as "resulting damage". Based on this test, the court concluded that the damage to the windows was physical loss excluded from coverage, because it was not accidental or fortuitous, but was directly caused by the intentional scraping and wiping motions involved in the cleaners' work.

*Held:* The appeals should be allowed.

*Per* McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.: The appropriate standard of review in this case is correctness. The interpretation of a standard form contract should be recognized as an exception to the Court's holding in *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, that contractual interpretation is a question of mixed fact and law subject to deferential review on appeal. The first reason given in *Sattva* for concluding that contractual interpretation is a question of mixed fact and law — the importance of the factual matrix — carries less weight in cases involving standard form contracts. Indeed, while a proper understanding of the factual matrix of a case is crucial to the interpretation of many contracts, it is less relevant for standard form contracts because the parties do not negotiate the terms. The contract is put to the receiving party as a take-it-or-leave-it proposition. Factors

Durant la construction, les fenêtres d'un immeuble ont été égratignées par les nettoyeurs engagés pour les laver. Les nettoyeurs ont utilisé les mauvais outils et méthodes pour exécuter leur travail et les fenêtres ont dû, en conséquence, être remplacées. La propriétaire de l'immeuble et l'entrepreneur général responsable du projet de construction ont présenté une réclamation pour le coût de remplacement des fenêtres en vertu d'une police d'assurance chantier émise en leur faveur ainsi qu'en faveur de tous les entrepreneurs qui participaient aux travaux. Les assureurs leur ont opposé un refus en raison d'une exclusion de la police visant les « frais engagés pour remédier à une malfaçon ».

Le juge de première instance a conclu à la responsabilité des assureurs, estimant que la clause d'exclusion était ambiguë et que la règle *contra proferentem* s'appliquait contre les assureurs. La Cour d'appel a infirmé cette décision. Appliquant la norme de la décision correcte à l'interprétation de la police, la Cour d'appel a conclu que le juge de première instance avait irrégulièrement appliqué la règle *contra proferentem* puisque la clause d'exclusion n'était pas ambiguë. La Cour d'appel a élaboré un nouveau critère de connexité matérielle ou systémique pour décider si les dommages matériels étaient exclus au titre des « frais engagés pour remédier à une malfaçon » ou couverts en tant que « dommages [. . .] découlant » de la malfaçon. À l'aune de ce critère, la Cour d'appel a conclu que les dommages causés aux fenêtres constituaient une perte matérielle exclue de la garantie parce qu'ils n'étaient ni accidentels ni fortuits, mais directement causés par les mouvements intentionnels de grattage et de frottage effectués par les nettoyeurs dans l'exécution de leur travail.

*Arrêt :* Les pourvois sont accueillis.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown : La norme de contrôle qu'il convient d'appliquer dans la présente affaire est celle de la décision correcte. L'interprétation d'un contrat type doit être reconnue comme une exception à la conclusion tirée par la Cour dans *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, que l'interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit dont le contrôle en appel doit être empreint de déférence. Le premier motif donné dans *Sattva* à l'appui de la conclusion que l'interprétation d'un contrat est une question mixte de fait et de droit — l'importance du fondement factuel — a moins de force dans le cas des contrats types. En effet, bien qu'une compréhension adéquate du fondement factuel d'un dossier soit cruciale pour l'interprétation de nombreux contrats, le fondement factuel est moins pertinent dans le cas des contrats types parce que

such as the purpose of the contract, the nature of the relationship it creates, and the market or industry in which it operates should be considered when interpreting a standard form contract, but they are generally not inherently fact specific and will usually be the same for everyone who may be a party to a standard form contract.

Moreover, the interpretation of a standard form contract itself has precedential value and can therefore fit under the definition of a pure question of law. In general, the interpretation of a contract has no impact beyond the parties to a dispute. While precedents interpreting similar contractual language may be of some persuasive value, it is often the intentions of the parties, as reflected in the particular contractual wording at issue and informed by the surrounding circumstances of the contract, that predominate. In the case of standard form contracts, however, judicial precedent is more likely to be controlling. Establishing the proper interpretation of a standard form contract amounts to establishing the correct legal test, as the interpretation may be applied in future cases involving identical or similarly-worded provisions. The mandate of appellate courts — ensuring consistency in the law — is also advanced by permitting them to review the interpretation of standard form contracts for correctness. The result of applying the interpretation in future cases will of course depend on the facts of those cases.

In this case, while the base coverage under the relevant clause of the policy is for physical loss or damages, the exclusion clause need not necessarily encompass physical damage because perfect mutual exclusivity between exclusions and the initial grant of coverage is neither provided for under the policy nor required when interpreting the exclusion clause. Accordingly, the physical or systemic connectedness test established by the Court of Appeal was unnecessary.

While the language of the exclusion clause is ambiguous, the general principles of contractual interpretation lead to the conclusion that the exclusion clause serves to exclude from coverage only the cost of redoing the faulty work, that is, the cost of recleaning the windows. The damage to the windows and therefore the cost of their replacement is covered. Given that the general rules of contract construction resolve the ambiguity, it is not necessary to turn to the *contra proferentem* rule.

les parties ne négocient pas les modalités. Le contrat est présenté comme une proposition à prendre ou à laisser. Il y a lieu de prendre en considération des facteurs comme l'objet du contrat, la nature de la relation qu'il crée et le marché ou l'industrie où il est employé pour interpréter un contrat type, mais ces considérations ne sont généralement pas, de par leur nature même, axées sur les faits et elles sont habituellement les mêmes pour toute personne qui peut être partie à un contrat type.

De plus, l'interprétation en soi d'un contrat type a valeur de précédent et peut donc correspondre à la définition de « pure question de droit ». L'interprétation d'un contrat n'a généralement d'incidence que sur les parties au litige. Les précédents dans lesquels les tribunaux interprètent un libellé contractuel semblable peuvent avoir une certaine valeur persuasive, mais ce sont souvent les intentions des parties en cause exprimées dans le libellé particulier du contrat en litige et considérées à l'aune des circonstances entourant le contrat qui ont préséance. Toutefois, dans le cas des contrats types, le précédent judiciaire est probablement déterminant. Établir la juste interprétation d'un contrat type revient à établir le bon critère juridique, puisque cette interprétation peut être appliquée dans l'avenir à des dispositions identiques ou formulées de façon semblable. Le rôle des cours d'appel — assurer la cohérence du droit — est également servi lorsqu'on leur permet de contrôler l'interprétation d'un contrat type selon la norme de la décision correcte. Le résultat de l'application de l'interprétation dans des affaires à venir dépendra bien entendu des faits de celles-ci.

En l'espèce, même si la garantie de base prévue à la clause applicable de la police vise les pertes ou dommages matériels, la clause d'exclusion n'a pas nécessairement besoin d'englober des dommages matériels parce que l'exclusivité mutuelle parfaite entre des exclusions et la protection initiale n'est pas prévue dans la police et n'est pas non plus requise lorsqu'il s'agit d'interpréter la clause d'exclusion. En conséquence, le critère de connexité matérielle ou systémique établi par la Cour d'appel était inutile.

Bien que le texte de la clause d'exclusion soit ambigu, les principes généraux d'interprétation des contrats mènent à la conclusion que la clause d'exclusion ne vise qu'à exclure le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux, en l'occurrence le coût du nouveau nettoyage des fenêtres. Les dommages causés aux fenêtres, et donc le coût de leur remplacement, sont couverts. Puisque les règles générales d'interprétation des contrats permettent de résoudre l'ambiguïté, il n'est pas nécessaire de recourir à la règle *contra proferentem*.

This interpretation is consistent with the reasonable expectations of the parties and reflects and promotes the purpose of builders' risk policies. The broad coverage provided in exchange for relatively high premiums provides certainty, stability and peace of mind, and ensures construction projects do not grind to a halt because of disputes and potential litigation about liability for replacement or repair amongst various contractors involved. An interpretation of the exclusion clause that precludes from coverage any and all damage resulting from a contractor's faulty workmanship merely because the damage results to that part of the project on which the contractor was working would undermine the purpose behind builders' risk policies and would deprive insureds of the coverage for which they contracted. Moreover, interpreting the exclusion clause to preclude from coverage only the cost of re-doing the faulty work aligns with commercial reality and leads to realistic and sensible results, given both the purpose underlying builders' risk policies and their spreading of risk on construction projects. Such an interpretation is also consistent with the jurisprudence.

*Per Cromwell J.:* There is agreement as to the disposition of the appeals. The trial judge made no legal error because he properly described and applied the Court's decision in *Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2010 SCC 33, [2010] 2 S.C.R. 245.

However, the applicable standard of review is that of palpable and overriding error. As the Court held in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, the general principles of appellate review in civil cases turn on characterizing the nature of the question being reviewed as one of fact, law or mixed fact and law. Questions of law are reviewed for correctness and questions of fact are reviewed for palpable and overriding error. Applying a legal standard to the facts is a question of mixed fact and law and is generally reviewable on appeal for palpable and overriding error. In rare cases, where the basis for a finding under review can be traced to a pure legal error, such as a wrong characterization of the legal test or the failure to consider a required element of the applicable standard, the reviewing court can extricate a purely legal question from the trial court's analysis and apply the correctness standard to it.

Cette interprétation est conforme aux attentes raisonnables des parties, en plus de traduire et servir l'objet des polices d'assurance chantier. La large garantie offerte en échange de primes relativement élevées confère certitude, stabilité et tranquillité d'esprit et évite que les projets de construction se retrouvent paralysés par des différends ou des actions en justice éventuelles sur la question de savoir qui, parmi les divers entrepreneurs participant aux travaux, est responsable du remplacement ou de la réparation découlant de la malfaçon. Une interprétation de la clause d'exclusion qui soustrait à la garantie tous les dommages découlant de la malfaçon de l'entrepreneur simplement parce que les dommages sont causés à la partie du projet sur laquelle l'entrepreneur travaillait minerait l'objet sous-jacent des polices d'assurance chantier et priverait les assurés de la garantie à laquelle ils ont souscrit. En outre, interpréter la clause d'exclusion pour soustraire à la garantie seulement le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux correspond à la réalité commerciale et mène à un résultat réaliste et sensé, compte tenu de l'objet qui sous-tend les polices d'assurance chantier et de leur répartition du risque pour les projets de construction. Cette interprétation est aussi conforme à la jurisprudence.

*Le juge Cromwell :* Il y a accord quant au dispositif. Le juge de première instance n'a commis aucune erreur de droit parce qu'il a correctement décrit et appliqué l'arrêt *Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard*, 2010 CSC 33, [2010] 2 R.C.S. 245.

La norme de contrôle applicable est toutefois celle de l'erreur manifeste et dominante. Tel que la Cour l'a décidé dans *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, les principes généraux de contrôle en appel dans les affaires civiles s'attachent à la qualification de la nature de la question faisant l'objet du contrôle en tant que question de fait, question de droit ou encore question mixte de droit et de fait. Les questions de droit sont examinées selon la norme de la décision correcte tandis que les questions de fait le sont en fonction de la norme de l'erreur manifeste et dominante. L'application d'une norme juridique à des faits constitue une question mixte de droit et de fait, qui est généralement susceptible de révision en appel selon la norme de l'erreur manifeste et dominante. Dans les rares cas où le fondement de la conclusion contrôlée est imputable à une pure erreur de droit, telle une mauvaise qualification du critère juridique ou omission d'examiner un élément essentiel de la norme applicable, la cour siégeant en révision peut dégager une pure question de droit de l'analyse du tribunal de première instance et appliquer à cette question la norme de la décision correcte.

The Court's recent decision in *Sattva* brought appellate review in contract cases within this general framework. Applying the text of a contract to a particular fact situation involves applying the legal standard set by the contract to the facts of the situation at hand. Accordingly, a trial judge's interpretation of the contract generally gives rise to a mixed question of law and fact and should be reviewable on appeal for palpable and overriding error. Contractual interpretation is generally not a pure question of law because it involves understanding the words used in light of a number of contextual factors beyond negotiation, including the purpose of the agreement, the nature of the relationship between the parties, and the market in which the parties are operating.

There is no reason for the interpretation of certain types of contracts such as standard form contracts to be excluded from the general principles that apply to appellate review in civil cases. Whether or not a contract is a standard form does not indicate anything about the degree to which it is concerned with a general legal proposition so as to attract correctness review. To ask the question in terms of precedential value rather than the generality of the legal principle in issue simply sends the analysis back to the question of the degree of generality. The more general the principle, the more the precedential value. Moreover, the absence of a factual matrix is not of much assistance, because like all contracts, standard form contracts have many surrounding circumstances — they have a purpose, they create a relationship of a particular nature between the parties, and they frequently operate within a particular market or industry — which must be taken into account in interpreting the text of the contract.

The question the present case raises involves applying a legal standard to a set of facts and does not give rise to any extricable question of law. The legal principle is that “making good faulty workmanship” means “the cost of redoing the faulty work”. This principle does not operate at a very high level of generality. Applying that principle turns on the scope of the faulty work and the nature of redoing it, and its application in other cases will ultimately be decided on a case-by-case basis in light of the particular circumstances of the particular case.

La Cour a inscrit dans son récent arrêt *Sattva* le contrôle en appel dans les affaires contractuelles à l'intérieur de ce cadre général. L'application du texte d'un contrat à une situation factuelle particulière suppose l'application de la norme juridique établie par le contrat aux faits de la situation en cause. Par conséquent, l'interprétation donnée par un juge de première instance au contrat soulève généralement une question mixte de droit et de fait qui devrait être contrôlée en appel selon la norme de l'erreur manifeste et dominante. L'interprétation contractuelle n'est généralement pas une pure question de droit parce qu'elle implique de comprendre les mots utilisés eu égard à plusieurs facteurs contextuels autres que la négociation, dont l'objet de l'entente, la nature de la relation entre les parties et le marché dans lequel les parties exercent leurs activités.

Il n'y a aucune raison de penser que les principes généraux applicables au contrôle en appel dans les affaires civiles ne devraient pas régir l'interprétation de certaines catégories de contrats tels que les contrats types. Le point de savoir si un contrat est ou non un contrat type ne permet de tirer aucune conclusion sur la mesure dans laquelle il concerne une proposition juridique générale et appelle par le fait même un contrôle selon la norme de la décision correcte. Poser la question sous l'angle de la valeur de précédent plutôt que du caractère général du principe juridique en cause fait uniquement porter l'analyse sur la question du degré de généralité. Plus le principe est général, plus sa valeur comme précédent est grande. De plus, l'absence de fondement factuel n'est pas d'un grand secours car, à l'instar de tous les autres contrats, les contrats types s'inscrivent dans un contexte beaucoup plus large : ils ont un objet, créent une relation particulière entre les parties et sont fréquemment utilisés dans une industrie ou un marché donné. Il faut tenir compte de ce contexte pour interpréter le texte du contrat.

La question soulevée en l'espèce suppose l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits et elle ne pose aucune question de droit isolable. Selon le principe juridique, l'expression « remédier à une malfaçon » s'entend « du coût de la nouvelle exécution du travail défectueux ». Ce principe n'atteint pas un très haut niveau de généralité. L'application de ce principe repose sur l'étendue de la malfaçon et la nature de sa nouvelle exécution et les tribunaux décideront de son application en dernière analyse au cas par cas à la lumière des circonstances propres à chaque affaire.

## Cases Cited

By Wagner J.

**Distinguished:** *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; **referred to:** *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306; *King v. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Vallieres v. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28; *Portage LaPrairie Mutual Insurance Co. v. Sabeau*, 2015 NSCA 53, 386 D.L.R. (4th) 449; *Precision Plating Ltd. v. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281; *Stewart Estate v. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1; *MacDonald v. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663; *Monk v. Farmers' Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710; *Daverne v. John Switzer Fuels Ltd.*, 2015 ONCA 919, 128 O.R. (3d) 188; *True Construction Ltd. v. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173; *Sankar v. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242; *Kassburg v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2014 ONCA 922, 124 O.R. (3d) 171; *Anderson v. Bell Mobility Inc.*, 2015 NWTCA 3, 593 A.R. 79; *Van Camp v. Chrome Horse Motorcycle Inc.*, 2015 ABCA 83, 599 A.R. 201; *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. v. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals v. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581; *Acciona Infrastructure Canada Inc. v. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223; *GCAN Insurance Co. v. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Association des parents ayants droit de Yellowknife v. Northwest Territories (Attorney General)*, 2015 NWTCA 2, 593 A.R. 180; *Tenneco Canada Inc. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, 1999 BCCA 415, 126 B.C.A.C. 9; *Co-operators Life Insurance Co. v. Gibbens*, 2009 SCC 59, [2009] 3 S.C.R. 605; *Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2010 SCC 33, [2010] 2 S.C.R. 245; *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, 2000 SCC 24, [2000] 1 S.C.R. 551; *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888; *Commonwealth Construction Co. v. Imperial Oil Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 317; *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423; *Privest Properties Ltd. v. Foundation Co. of Canada Ltd.* (1991), 57 B.C.L.R. (2d) 88; *Sayers & Associates Ltd. v. Insurance Corp. of Ireland Ltd.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 681; *Ontario Hydro*

## Jurisprudence

Citée par le juge Wagner

**Distinction d'avec l'arrêt :** *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; **arrêts mentionnés :** *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306; *King c. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Vallieres c. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28; *Portage LaPrairie Mutual Insurance Co. c. Sabeau*, 2015 NSCA 53, 386 D.L.R. (4th) 449; *Precision Plating Ltd. c. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281; *Stewart Estate c. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1; *MacDonald c. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663; *Monk c. Farmers' Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710; *Daverne c. John Switzer Fuels Ltd.*, 2015 ONCA 919, 128 O.R. (3d) 188; *True Construction Ltd. c. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173; *Sankar c. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242; *Kassburg c. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2014 ONCA 922, 124 O.R. (3d) 171; *Anderson c. Bell Mobility Inc.*, 2015 NWTCA 3, 593 A.R. 79; *Van Camp c. Chrome Horse Motorcycle Inc.*, 2015 ABCA 83, 599 A.R. 201; *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. c. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals c. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581; *Acciona Infrastructure Canada Inc. c. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223; *GCAN Insurance Co. c. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Association des parents ayants droit de Yellowknife c. Territoires du Nord-Ouest (Procureur général)*, 2015 NWTCA 2, 593 A.R. 180; *Tenneco Canada Inc. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, 1999 BCCA 415, 126 B.C.A.C. 9; *Co-operators Compagnie d'assurance-vie c. Gibbens*, 2009 CSC 59, [2009] 3 R.C.S. 605; *Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard*, 2010 CSC 33, [2010] 2 R.C.S. 245; *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, 2000 CSC 24, [2000] 1 R.C.S. 551; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888; *Commonwealth Construction Co. c. Imperial Oil Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 317; *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423; *Privest Properties Ltd. c. Foundation Co. of Canada Ltd.* (1991), 57 B.C.L.R. (2d) 88; *Sayers & Associates Ltd. c. Insurance Corp. of Ireland Ltd.* (1981),

*v. Royal Insurance*, [1981] O.J. No. 215 (QL); *Bird Construction Co. v. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104; *Greene v. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151; *British Columbia v. Royal Insurance Co. of Canada* (1991), 7 B.C.A.C. 172; *Algonquin Power (Long Sault) Partnership v. Chubb Insurance Co. of Canada* (2003), 50 C.C.L.I. (3d) 107; *Simcoe & Erie General Insurance Co. v. Royal Insurance Co. of Canada* (1982), 36 A.R. 553; *Foundation Co. of Canada v. Aetna Casualty Co. of Canada*, [1976] I.L.R. ¶ 1-757; *Commercial union cie d'assurance du Canada v. Pentagon Construction Canada Inc.*, [1989] R.J.Q. 1399.

By Cromwell J.

**Applied:** *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; **referred to:** *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Vallieres v. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28; *Precision Plating Ltd. v. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281; *Stewart Estate v. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1; *MacDonald v. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663; *Monk v. Farmers' Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710; *True Construction Ltd. v. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173; *Sankar v. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242; *Reardon Smith Line Ltd. v. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570; *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 All E.R. 98; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. v. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals v. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581; *Acciona Infrastructure Canada Inc. v. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223; *GCAN Insurance Co. v. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500; *Greene v. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151; *Bird Construction Co. v. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104; *Ontario Hydro v. Royal Insurance*, [1981] O.J. No. 215 (QL); *Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2010 SCC 33, [2010] 2 S.C.R. 245.

#### Authors Cited

Audet, Maurice. "All Risks — a promise made or a promise broken?" (1983), 50:10 *Canadian Underwriter* 34.

126 D.L.R. (3d) 681; *Ontario Hydro c. Royal Insurance*, [1981] O.J. No. 215 (QL); *Bird Construction Co. c. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104; *Greene c. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151; *British Columbia c. Royal Insurance Co. of Canada* (1991), 7 B.C.A.C. 172; *Algonquin Power (Long Sault) Partnership c. Chubb Insurance Co. of Canada* (2003), 50 C.C.L.I. (3d) 107; *Simcoe & Erie General Insurance Co. c. Royal Insurance Co. of Canada* (1982), 36 A.R. 553; *Foundation Co. of Canada c. Aetna Casualty Co. of Canada*, [1976] I.L.R. ¶ 1-757; *Commercial union cie d'assurance du Canada c. Pentagon Construction Canada Inc.*, [1989] R.J.Q. 1399.

Citée par le juge Cromwell

**Arrêt appliqué :** *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; **arrêts mentionnés :** *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Vallieres c. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28; *Precision Plating Ltd. c. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281; *Stewart Estate c. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1; *MacDonald c. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663; *Monk c. Farmers' Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710; *True Construction Ltd. c. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173; *Sankar c. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242; *Reardon Smith Line Ltd. c. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570; *Investors Compensation Scheme Ltd. c. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 All E.R. 98; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. c. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals c. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581; *Acciona Infrastructure Canada Inc. c. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223; *GCAN Insurance Co. c. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500; *Greene c. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151; *Bird Construction Co. c. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104; *Ontario Hydro c. Royal Insurance*, [1981] O.J. No. 215 (QL); *Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard*, 2010 CSC 33, [2010] 2 R.C.S. 245.

#### Doctrine et autres documents cités

Audet, Maurice. « All Risks — a promise made or a promise broken? » (1983), 50:10 *Canadian Underwriter* 34.

- Audet, Maurice G. “Part II — Insurance” (2002), 12 C.L.R. (3d) 100.
- Billingsley, Barbara. *General Principles of Canadian Insurance Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Boivin, Denis. *Insurance Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2015.
- Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*. Toronto: Thomson Reuters, 2002 (loose-leaf updated 2016, release 2).
- Canadian College of Construction Lawyers. Insurance & Surety Committee. ““Covered for What?": Faulty Materials and Workmanship Coverage under Canadian Construction Insurance Policies” (2007), 1 *J.C.C.C.L.* 101.
- Dolden, Eric A. “All Risk and Builders’ Risk Policies: Emerging Trends” (1990-91), 2 *C.I.L.R.* 341.
- Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed. Toronto: LexisNexis, 2016.
- Lichty, Mark G., and Marcus B. Snowden. *Annotated Commercial General Liability Policy*. Toronto: Canada Law Book, 2015 (loose-leaf updated December 2015, release 24).
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.
- Poitras, Pierre-Stéphane. “L’assurance et l’industrie de la construction”, dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 147, *Développements récents en droit des assurances*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2001, 181.
- Reynolds, R. Bruce, and Sharon C. Vogel. *A Guide to Canadian Construction Insurance Law*. Toronto: Carswell, 2013.
- Ricchetti, Leonard, and Timothy J. Murphy. *Construction Law in Canada*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2010.
- Vogel, Sharon C. “Recent Developments in Construction Insurance Law”, in Glaholt LLP and Borden Ladner Gervais LLP, *Review of Construction Law: Recent Developments*. Toronto: Carswell, 2012, 169.
- Audet, Maurice G. « Part II — Insurance » (2002), 12 C.L.R. (3d) 100.
- Billingsley, Barbara. *General Principles of Canadian Insurance Law*, 2nd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Boivin, Denis. *Insurance Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2015.
- Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*, Toronto, Thomson Reuters, 2002 (loose-leaf updated 2016, release 2).
- Collège canadien des avocats en droit de la construction. Insurance & Surety Committee. « “Covered for What?” : Faulty Materials and Workmanship Coverage under Canadian Construction Insurance Policies » (2007), 1 *J.C.C.C.L.* 101.
- Dolden, Eric A. « All Risk and Builders’ Risk Policies : Emerging Trends » (1990-91), 2 *C.I.L.R.* 341.
- Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed., Toronto, LexisNexis, 2016.
- Lichty, Mark G., and Marcus B. Snowden. *Annotated Commercial General Liability Policy*, Toronto, Canada Law Book, 2015 (loose-leaf updated December 2015, release 24).
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2012.
- Poitras, Pierre-Stéphane. « L’assurance et l’industrie de la construction », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 147, *Développements récents en droit des assurances*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001, 181.
- Reynolds, R. Bruce, and Sharon C. Vogel. *A Guide to Canadian Construction Insurance Law*, Toronto, Carswell, 2013.
- Ricchetti, Leonard, and Timothy J. Murphy. *Construction Law in Canada*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2010.
- Vogel, Sharon C. « Recent Developments in Construction Insurance Law », in Glaholt LLP and Borden Ladner Gervais LLP, *Review of Construction Law : Recent Developments*, Toronto, Carswell, 2012, 169.

APPEALS from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté, Watson and Slatter J.J.A.), 2015 ABCA 121, 599 A.R. 363, 42 B.L.R. (5th) 190, 386 D.L.R. (4th) 482, 16 Alta. L.R. (6th) 397, 47 C.C.L.I. (5th) 218, [2015] 8 W.W.R. 466, [2015] A.J. No. 338 (QL), 2015 CarswellAlta 511 (WL Can.), setting aside a decision of Clackson J., 2013 ABQB 585, [2013] I.L.R. ¶ I-5495, [2013] A.J. No. 1088 (QL), 2013 CarswellAlta 1943 (WL Can.). Appeals allowed.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Côté, Watson et Slatter), 2015 ABCA 121, 599 A.R. 363, 42 B.L.R. (5th) 190, 386 D.L.R. (4th) 482, 16 Alta. L.R. (6th) 397, 47 C.C.L.I. (5th) 218, [2015] 8 W.W.R. 466, [2015] A.J. No. 338 (QL), 2015 CarswellAlta 511 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Clackson, 2013 ABQB 585, [2013] I.L.R. ¶ I-5495, [2013] A.J. No. 1088 (QL), 2013 CarswellAlta 1943 (WL Can.). Pourvois accueillis.

*Eugene Meehan, Q.C., and Stacey Boothman, for the appellant Ledcor Construction Limited.*

*Dennis L. Picco, Q.C., and Marie-France Major, for the appellant Station Lands Ltd.*

*Gregory J. Tucker, Q.C., and Scott H. Stephens, for the respondents.*

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ. was delivered by

WAGNER J. —

## I. Introduction

[1] The outcome of these appeals hinges on the interpretation of an exclusion clause in a common form of all-risk property insurance, variably referred to as “builders’ risk”, “contractors’ risk”, “all risks”, “multi-risk” or “course of construction” insurance.<sup>1</sup> This type of insurance covers physical damage on a construction site. It is usually issued to the owner of the property under construction and the general contractor, providing coverage for them as well as for all contractors and subcontractors working on the project. The exclusion clause at the heart of these appeals is a standard form clause that denies coverage for the “cost of making good faulty workmanship” but, as an exception to that exclusion, nonetheless covers “physical damage” that “results” from the faulty workmanship.

[2] In the present case, a contractor was hired to clean the windows of a building under construction. In the course of the cleaning, the contractor scratched the building’s windows, which ultimately

<sup>1</sup> Although builders’ risk policies can provide coverage on either an all-risk or named-peril basis, only the former type of policy is at issue in these appeals. It is also the more common type of policy. Therefore, when I refer to builders’ risk policies in these reasons, I specifically mean builders’ risk policies that provide coverage on an all-risk basis.

*Eugene Meehan, c.r., et Stacey Boothman, pour l’appelante Ledcor Construction Limited.*

*Dennis L. Picco, c.r., et Marie-France Major, pour l’appelante Station Lands Ltd.*

*Gregory J. Tucker, c.r., et Scott H. Stephens, pour les intimées.*

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown rendu par

LE JUGE WAGNER —

## I. Introduction

[1] L’issue de ces pourvois repose sur l’interprétation d’une clause d’exclusion dans une forme courante d’assurance tous risques de biens, l’« assurance chantier », aussi appelée notamment « assurance des risques des entrepreneurs », « assurance tous risques », « assurance multirisque » ou encore « assurance des ouvrages en construction »<sup>1</sup>. Ce type d’assurance, qui couvre les dommages matériels sur un chantier, est habituellement offert au propriétaire de l’ouvrage en construction et à l’entrepreneur général. Cette assurance leur confère une protection, ainsi qu’à tous les entrepreneurs et sous-traitants qui travaillent sur le projet. La clause d’exclusion au cœur des pourvois est une clause type qui soustrait à la garantie les [TRADUCTION] « frais engagés pour remédier à une malfaçon », mais prévoit une exception pour les « dommages matériels » « en découlant ».

[2] Dans le cas qui nous occupe, un entrepreneur a été engagé pour nettoyer les fenêtres d’un immeuble en construction. Lors du nettoyage, il a égratigné les fenêtres de l’immeuble, qui ont dû être remplacées

<sup>1</sup> Même si les polices d’assurance chantier peuvent offrir une protection soit sur une base tous risques, soit contre un risque désigné, seul le premier type de police est en cause dans les présents pourvois. Il s’agit également du type de police le plus répandu. Ainsi, quand je parle des polices d’assurance chantier dans les présents motifs, j’entends par là les polices d’assurance chantier qui offrent une protection sur une base tous risques.

needed to be replaced. The windows' replacement cost was claimed by the building's owner and the general contractor in charge of the project under a builders' risk policy issued in favour of the owner and all contractors involved in the construction, but the insurers denied coverage on the basis of the "cost of making good faulty workmanship" exclusion. The issue before the courts was thus to determine, where windows of a construction project are damaged from post-installation cleaning by a contractor responsible for only their cleaning, if the cost of the windows' replacement was excluded from coverage under the faulty workmanship exclusion.

[3] After determining that the work performed by the contractor amounted to faulty workmanship, the trial judge applied the *contra proferentem* rule against the insurers and concluded that the faulty workmanship exclusion did not exclude from coverage the damage that the contractor had caused to the building's windows. Applying a correctness standard of review to the interpretation of the insurance policy, the Court of Appeal of Alberta overturned the trial judge's decision and declared that the damage to the building's windows was excluded from coverage, as the damage was physically or systematically connected to the very work the contractor had performed.

[4] In my opinion, the appropriate standard of review in this case is correctness. Where, like here, the appeal involves the interpretation of a standard form contract, the interpretation at issue is of precedential value, and there is no meaningful factual matrix that is specific to the particular parties to assist the interpretation process, this interpretation is better characterized as a question of law subject to correctness review.

[5] Regarding the appropriate interpretation of the faulty workmanship exclusion in all builders' risk policies, I am of the view that the exclusion clause serves to exclude from coverage only the

par la suite. La propriétaire de l'immeuble et l'entrepreneur général responsable du projet ont réclamé à leurs assureurs le coût de remplacement des fenêtres en vertu d'une police d'assurance chantier émise en leur faveur ainsi qu'en faveur de tous les entrepreneurs qui participaient aux travaux, mais les assureurs leur ont opposé un refus en raison de l'exclusion visant les « frais engagés pour remédier à une malfaçon ». Les cours saisies de l'affaire étaient donc appelées à décider si, dans le cas où les fenêtres d'un projet de construction sont endommagées après leur installation par l'entrepreneur chargé seulement de leur nettoyage, le coût de remplacement des fenêtres est exclu de la garantie d'assurance au titre de l'exclusion relative à la malfaçon.

[3] Après avoir conclu que le travail effectué par l'entrepreneur constituait une malfaçon, le juge de première instance a appliqué la règle *contra proferentem* contre les assureurs et a conclu que l'exclusion relative à la malfaçon ne visait pas les dommages que l'entrepreneur avait causés aux fenêtres de l'immeuble. Après avoir appliqué la norme de la décision correcte à l'interprétation de la police d'assurance, la Cour d'appel de l'Alberta a infirmé la décision du juge de première instance et a déclaré que les dommages causés aux fenêtres de l'immeuble n'étaient pas couverts, car ils étaient connexes, sur le plan matériel ou systémique, au travail même de l'entrepreneur.

[4] Selon moi, la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer dans la présente affaire est celle de la décision correcte. Lorsque, comme en l'espèce, l'appel porte sur l'interprétation d'un contrat type, que l'interprétation en litige a valeur de précédent et que l'exercice d'interprétation ne repose sur aucun fondement factuel significatif qui est propre aux parties concernées, il est plus juste de dire que cette interprétation est une question de droit assujettie à un contrôle selon la norme de la décision correcte.

[5] En ce qui concerne la juste interprétation de la clause d'exclusion relative à la malfaçon dans les polices d'assurance chantier, j'estime que cette clause ne vise à exclure que le coût de la nouvelle

cost of redoing the faulty work. This interpretation is dictated by the general rules of contractual interpretation. It best represents the parties' reasonable expectations, as informed by the purpose of builders' risk policies, aligns with commercial reality, and is consistent with the jurisprudence on the matter. In this case, the cost of redoing the faulty work is that of recleaning the windows. Therefore, I would allow the appeals and hold that the windows' replacement cost is covered under the insurance policy.

## II. Facts

[6] Station Lands Ltd. ("Station Lands") is the owner of the recently built EPCOR Tower ("Tower"), an office building in Edmonton. Ledcor Construction Limited ("Ledcor") was the general contractor for the Tower's construction.

[7] During construction, the Tower's installed windows were dirtied with paint specks, dirt and concrete splatter. To clean these windows prior to the completion of construction, Station Lands hired Bristol Cleaning ("Bristol"). The service contract between Station Lands and Bristol stipulated that Station Lands would provide all-risk property insurance for the project, which Station Lands did in the form of a builders' risk policy (the "Policy"). The scope of Bristol's work under the service contract was to "[p]rovide all necessary equipment, manpower, [and] materials required to complete a construction clean" of the Tower's exterior windows.

[8] Unfortunately, Bristol used improper tools and methods in carrying out its cleaning work, scratching the Tower's windows, which consequently had to be replaced. Station Lands estimated the replacement cost of the windows to be \$2.5 million. Both Station Lands and Ledcor claimed this replacement cost against the Policy through their insurers at the time, the respondents Commonwealth Insurance Company, GCAN Insurance Company, and American Home Assurance Company (together,

exécution du travail défectueux. Ce sont les règles générales d'interprétation des contrats qui dictent cette interprétation, laquelle reflète le mieux les attentes raisonnables des parties fondées sur l'objectif des polices d'assurance chantier, correspond à la réalité commerciale et est conforme à la jurisprudence sur ce point. En l'espèce, le coût de la nouvelle exécution du travail déficient est celui d'un nouveau nettoyage des fenêtres. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir les pourvois et de décider que le coût de remplacement des fenêtres est couvert par la police d'assurance.

## II. Faits

[6] Station Lands Ltd. (« Station Lands ») est la propriétaire de l'EPCOR Tower (« Tour »), construite récemment, un immeuble à bureaux d'Edmonton. Ledcor Construction Limited (« Ledcor ») était l'entrepreneur général chargé de construire la Tour.

[7] Durant la construction, les fenêtres de la Tour ont été salies par des petites taches de peinture et des éclaboussures de terre et de béton. Pour nettoyer les fenêtres avant la fin des travaux, Station Lands a embauché Bristol Cleaning (« Bristol »). Il était stipulé dans le contrat de service conclu entre Station Lands et Bristol que Station Lands fournirait une assurance de biens tous risques pour le projet, ce qu'elle a fait au moyen d'une police d'assurance chantier (la « police »). Aux termes du contrat de service, Bristol devait [TRADUCTION] « [f]ournir tout l'équipement, la main d'œuvre [et] les produits nécessaires pour effectuer, lors de la construction, un nettoyage » du côté extérieur des fenêtres de la Tour.

[8] Malheureusement, Bristol a utilisé les mauvais outils et méthodes pour effectuer le travail de nettoyage et a égratigné les fenêtres de la Tour, lesquelles ont dû, en conséquence, être remplacées. Station Lands a estimé le coût de leur remplacement à 2,5 millions de dollars. Station Lands et Ledcor ont toutes deux présenté, sur la base de la police, une réclamation pour le coût de remplacement à leurs assureurs de l'époque, les intimées la Commonwealth Insurance Company, GCAN Insurance

the “Insurers”).<sup>2</sup> The Insurers denied the claim on the basis of clause 4(A)(b) of the Policy (the “Exclusion Clause”), which is an exclusion for faulty workmanship.

[9] The relevant coverage provisions of the Policy provide that all risks of direct physical loss or damage to the property undergoing construction are insured, subject to certain outlined exclusions:

#### 1. Property Insured

- (a) Property undergoing site preparation, demolition, construction, reconstruction, fabrication, installation, erection, repair or testing (hereinafter called the “Construction Operations”) while at the risk of the insured and while at the location of the insured project(s), provided the value thereof is included in the declared estimated value of construction operations;

#### 2. Perils Insured and Territorial Limits

This policy section insures against “All Risks” of direct physical loss or damage except as hereinafter provided.

[10] The Exclusion Clause excludes from coverage the “cost of making good faulty workmanship”, but provides an exception for “resulting damage”:

#### 4(A) Exclusions

This policy section does not insure:

- (a) Any loss of use or occupancy or consequential loss of any nature howsoever caused including

<sup>2</sup> Between the date of the Policy and the date of judgment at trial, these respondents became the remaining respondents Northbridge Indemnity Insurance Company, Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada, and Chartis Insurance Company of Canada, respectively.

Company et American Home Assurance Company (collectivement appelées les « assureurs »)<sup>2</sup>. Les assureurs ont rejeté cette réclamation en invoquant la clause 4(A)(b) de la police (la « clause d’exclusion »), qui prévoit une exclusion en cas de malfaçon.

[9] Les dispositions pertinentes de la police quant à la garantie prévoient que tous les risques de perte ou de dommages matériels directs touchant l’ouvrage en construction sont assurés, sous réserve de certaines exclusions énumérées :

[TRADUCTION]

#### 1. Biens assurés

- a) Les biens faisant l’objet d’une préparation de chantier, démolition, construction, reconstruction, fabrication, installation, érection, réparation ou d’un essai (ci-après appelés les « travaux de construction ») pendant que l’assuré en a la charge et qu’ils se trouvent sur les lieux du ou des projets assurés, pourvu que leur valeur ne dépasse pas les estimations déclarées des travaux de construction;

#### 2. Risques couverts et limites territoriales

Sous réserve des exceptions stipulées ci-après, la présente police couvre « tous les risques » de perte ou de dommages matériels directs.

[10] La clause d’exclusion vise notamment les [TRADUCTION] « frais engagés pour remédier à une malfaçon », mais prévoit une exception pour les « dommages en découlant » :

[TRADUCTION]

#### 4(A) Exclusions

La présente police ne couvre pas :

- a) La perte d’usage ou d’occupation ou perte indirecte de quelque nature que ce soit, y compris les

<sup>2</sup> Entre la date de signature de la police et la date du jugement de première instance, les intimées en question étaient devenues les autres intimées à la présente affaire, soit, respectivement, la Société d’assurance d’indemnisation Northbridge, Royal & Sun Alliance du Canada, société d’assurances, et la Compagnie d’assurance Chartis du Canada.

penalties for non-completion of or delay in completion of contract or non-compliance with contract conditions;

- (b) The cost of making good faulty workmanship, construction materials or design unless physical damage not otherwise excluded by this policy results, in which event this policy shall insure such resulting damage. [Emphasis added.]

[11] Station Lands and Ledcor (together, the “Insureds”) submitted their statement of claim before the Court of Queen’s Bench of Alberta, seeking enforcement of the Policy and coverage for the replacement cost of the damaged windows.

### III. Decisions Below

#### A. *Court of Queen’s Bench of Alberta, 2013 ABQB 585, [2013] I.L.R. ¶ 1-5495*

[12] The trial judge concluded that the cleaning work Bristol had carried out constituted “workmanship” and that it had been faulty. He declared, however, that the Exclusion Clause did not exclude from coverage the damage that Bristol’s faulty workmanship had caused to the Tower’s windows. In coming to this determination, he found the Exclusion Clause ambiguous and the interpretations of “making good” advanced by the Insureds and Insurers equally plausible. He therefore applied the rule of *contra proferentem* against the Insurers. The Insureds had argued that the “cost of making good” encompassed only the cost of redoing the cleaning work, whereas the Insurers had argued that it encompassed both the cost of redoing the cleaning work and the damage to the windows, as they were the very thing on which Bristol had performed the faulty workmanship.

#### B. *Court of Appeal of Alberta, 2015 ABCA 121, 599 A.R. 363*

[13] On appeal, the Court of Appeal reversed the trial judge’s decision and declared that the damage to the Tower’s windows was excluded from coverage. Applying a correctness standard of review to the

pénalités pour non-exécution du contrat, retard dans l’exécution du contrat ou non-respect des conditions du contrat;

- b) Les frais engagés pour remédier à une malfaçon, des matériaux de construction défectueux ou une conception défailante, à moins qu’il n’en découle des dommages matériels non autrement exclus par la présente police, auquel cas la présente police couvre ces dommages en découlant. [Je souligne.]

[11] Station Lands et Ledcor (collectivement appelées les « assurées ») ont présenté à la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta une déclaration dans laquelle elles sollicitaient l’application de la police et la reconnaissance de la garantie pour le coût de remplacement des fenêtres endommagées.

### III. Décisions des juridictions inférieures

#### A. *Cour du Banc de la Reine de l’Alberta, 2013 ABQB 585, [2013] I.L.R. ¶ 1-5495*

[12] Le juge de première instance a conclu que le nettoyage effectué par Bristol constituait le « travail » et qu’il avait été mal exécuté. Il a toutefois déclaré que la clause d’exclusion ne soustrayait pas à la garantie d’assurance les dommages causés aux fenêtres de la Tour par la malfaçon de Bristol. Pour parvenir à cette conclusion, il a estimé que la clause d’exclusion était ambiguë et que les interprétations des mots « pour remédier » avancées par les assurées et les assureurs étaient aussi plausibles l’une que l’autre. En conséquence, il a appliqué la règle *contra proferentem* contre les assureurs. Les assurées ont fait valoir que les « frais engagés pour remédier » à la malfaçon ne visaient que le coût d’un nouveau nettoyage, alors que les assureurs ont soutenu que cette expression visait non seulement le coût de ce nouveau nettoyage, mais aussi les dommages causés aux fenêtres, puisque c’était justement sur celles-ci que Bristol avait exécuté le travail déficient.

#### B. *Cour d’appel de l’Alberta, 2015 ABCA 121, 599 A.R. 363*

[13] La Cour d’appel a infirmé la décision du juge de première instance et déclaré que les dommages causés aux fenêtres de la Tour n’étaient pas couverts par la police. Appliquant la norme de la décision

interpretation of the Policy, the court held the trial judge had improperly applied the rule of *contra proferentem* because the Exclusion Clause was not ambiguous.

[14] The Court of Appeal proceeded from the premise that because the base coverage under the Policy was for “physical loss or damage”, as provided by clause 2, the Exclusion Clause had to exclude physical damage of some kind, or else it would be redundant. For the court, then, the key was to determine the dividing line between the physical damage that was excluded as the “cost of making good faulty workmanship” and the physical damage that was covered as “resulting damage”. To establish this dividing line, the court devised a new test of physical or systemic connectedness, based on three primary considerations, outlined at para. 50 of its reasons: (1) the “extent or degree to which the damage was to a portion of the project actually being worked on at the time, or was collateral damage to other areas”; (2) the “nature of the work being done, how the damage related to the way that work is normally done, and the extent to which the damage is a natural or foreseeable consequence of the work”; and (3) “[w]hether the damage was within the purview of normal risks of poor workmanship, or whether it was unexpected and fortuitous.”

[15] In applying this newly formulated test, the Court of Appeal concluded that the damage to the windows was physical loss excluded as the “cost of making good faulty workmanship”, because it was not accidental or fortuitous but was directly caused by the scraping and wiping motions involved in Bristol’s cleaning work. According to the court, Bristol intentionally applied these motions to the windows, a core part of the work to be done, and the damage was not only foreseeable but highly likely.

correcte à l’interprétation de la police, la Cour d’appel a conclu que le juge de première instance avait irrégulièrement appliqué la règle *contra proferentem* puisque la clause d’exclusion n’était pas ambiguë.

[14] La Cour d’appel est partie de la prémisse suivante : comme la garantie de base de la police visait, aux termes de la clause 2, les [TRADUCTION] « perte ou [. . .] dommages matériels », la clause d’exclusion devait exclure une forme de dommages matériels, à défaut de quoi elle serait redondante. La Cour d’appel a donc jugé qu’il fallait tracer la ligne de démarcation entre, d’une part, les dommages matériels exclus au titre des « frais engagés pour remédier à une malfaçon » et, d’autre part, les dommages matériels qui sont couverts en tant que « dommages [. . .] découlant » de cette malfaçon. Pour ce faire, la Cour d’appel a élaboré un nouveau critère de connexité matérielle ou systémique. Ce critère comportait trois volets principaux, décrits au par. 50 des motifs de la cour : (1) la [TRADUCTION] « mesure dans laquelle les dommages ont touché une section du projet qui était alors en cours d’exécution ou touché indirectement d’autres zones »; (2) la « nature du travail effectué, le lien entre les dommages causés et l’exécution normale du travail et la mesure dans laquelle les dommages constituaient une conséquence naturelle ou prévisible du travail »; (3) « le point de savoir si les dommages faisaient partie des risques normaux liés à un travail de piètre qualité ou s’ils étaient imprévus et fortuits. »

[15] Après application de ce nouveau critère, la Cour d’appel a conclu que les dommages causés aux fenêtres constituaient une perte matérielle exclue au titre des [TRADUCTION] « frais engagés pour remédier à une malfaçon » parce qu’ils n’étaient ni accidentels ni fortuits, mais directement causés par les mouvements de grattage et de frottement effectués par Bristol lors de son nettoyage. Selon la Cour d’appel, Bristol a intentionnellement soumis les fenêtres à ce traitement, qui constituait l’essentiel du travail à accomplir, et les dommages étaient non seulement prévisibles, mais hautement probables.

#### IV. Issues on Appeal

[16] The Exclusion Clause in the standard form builders' risk insurance policy at issue in these appeals raises two questions that this Court must answer.

[17] First, what standard of appellate review applies to a trial judge's interpretation of a standard form insurance contract?

[18] Second, what is the proper interpretation to be given to the faulty workmanship exclusion clause and the "resulting damage" exception to that exclusion contained in builders' risk insurance policies?

#### V. Analysis

##### A. *The Standard of Review Is Correctness*

[19] In my view, the trial judge's interpretation of the Policy should be reviewed for correctness.

[20] These appeals present an opportunity to clarify how *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, applies to the interpretation of standard form contracts, sometimes called contracts of adhesion.

[21] In *Sattva*, Rothstein J. held that "[c]ontractual interpretation involves issues of mixed fact and law as it is an exercise in which the principles of contractual interpretation are applied to the words of the written contract, considered in light of the factual matrix" (para. 50). As a result, the palpable and overriding error standard of review applies to a trial court's interpretation of a contract: *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306, at paras. 21-24. However, Rothstein J. acknowledged that the correctness standard of review still applies to the "rare" extricable questions of law that arise in the interpretation process, such as "the application of an incorrect principle, the failure to consider a required element of a legal test,

#### IV. Questions en litige

[16] La clause d'exclusion figurant dans la formule type d'assurance chantier en cause dans les pourvois soulève deux questions auxquelles notre Cour doit répondre.

[17] Premièrement, quelle norme de contrôle s'applique en appel à l'interprétation d'un contrat d'assurance type retenue par le juge de première instance?

[18] Deuxièmement, quelle est l'interprétation que doit recevoir la clause d'exclusion relative à la malfaçon et l'exception visant les « dommages en découlant » contenues dans les polices d'assurance chantier?

#### V. Analyse

##### A. *La norme de contrôle est celle de la décision correcte*

[19] À mon avis, il faut contrôler l'interprétation de la police retenue par le juge de première instance selon la norme de la décision correcte.

[20] Les présents pourvois offrent une occasion de clarifier l'application de *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, à l'interprétation des contrats types, parfois appelés contrats d'adhésion.

[21] Dans l'arrêt *Sattva*, le juge Rothstein conclut que « [l']interprétation contractuelle soulève des questions mixtes de fait et de droit, car il s'agit d'en appliquer les principes aux termes figurant dans le contrat écrit, à la lumière du fondement factuel » (par. 50). En conséquence, la norme de l'erreur manifeste et dominante s'applique à l'interprétation donnée par le tribunal de première instance à un contrat (*Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306, par. 21-24). Le juge Rothstein a cependant reconnu que la norme de la décision correcte s'applique toujours aux « rares » questions de droit qui peuvent se dégager au cours de l'exercice d'interprétation, par exemple lorsque le décideur a « appliqu[é] le

or the failure to consider a relevant factor”: *Sattva*, at paras. 53 and 55, quoting *King v. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63, at para. 21. This is consistent with the jurisprudence on the standard of review for questions of mixed fact and law: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 36. However, in this case, the Court of Appeal did not purport to identify an extricable question of law that arose in the interpretation process. Rather, it concluded that the interpretation of the contract itself should be reviewed for correctness, despite *Sattva*’s holding that contractual interpretation is a question of mixed fact and law and is owed deference on appeal: paras. 18-19.

[22] Appellate courts have disagreed on whether this Court’s holding in *Sattva* on the standard of review of contractual interpretation applies to standard form contracts. Many appellate courts have held that *Sattva* does not apply, and have conducted correctness review: *Vallieres v. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28, at paras. 11-13; *Portage LaPrairie Mutual Insurance Co. v. Sabeau*, 2015 NSCA 53, 386 D.L.R. (4th) 449, at para. 13; *Precision Plating Ltd. v. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281, at paras. 28-30; *Stewart Estate v. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1, at para. 273, per McDonald J.A.; *MacDonald v. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663, at paras. 40-41; *Monk v. Farmers’ Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710, at paras. 22-24; *Daverne v. John Switzer Fuels Ltd.*, 2015 ONCA 919, 128 O.R. (3d) 188, at paras. 12-14; *True Construction Ltd. v. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173, at para. 34 (CanLII); and *Sankar v. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242, at para. 26 (CanLII).

[23] In other cases, however, courts of appeal have applied *Sattva* and have deferred to trial courts’ interpretations of standard form contracts: *Kassburg v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2014 ONCA 922, 124 O.R. (3d) 171, at para. 33; *Anderson v.*

mauvais principe ou néglig[é] un élément essentiel d’un critère juridique ou un facteur pertinent » (*Sattva*, par. 53 et 55, citant *King c. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63, par. 21). Cela s’accorde avec la jurisprudence sur la norme de contrôle applicable aux questions mixtes de fait et de droit (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 36). Toutefois, en l’espèce, la Cour d’appel n’a pas dégagé une question de droit qui s’est posée au cours de l’exercice d’interprétation. Elle a plutôt conclu qu’il y a lieu de contrôler l’interprétation du contrat lui-même selon la norme de la décision correcte malgré la conclusion tirée dans *Sattva* selon laquelle l’interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit et commande la déférence en appel (par. 18-19).

[22] Les cours d’appel ont exprimé des avis contradictoires au sujet de la question de savoir si la conclusion tirée dans *Sattva* sur la norme de contrôle applicable en matière d’interprétation contractuelle vise aussi les contrats types. Elles ont été nombreuses à juger que *Sattva* n’est pas applicable et ont effectué un contrôle selon la norme de la décision correcte (*Vallieres c. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28, par. 11-13; *Portage LaPrairie Mutual Insurance Co. c. Sabeau*, 2015 NSCA 53, 386 D.L.R. (4th) 449, par. 13; *Precision Plating Ltd. c. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281, par. 28-30; *Stewart Estate c. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1, par. 273, le juge McDonald; *MacDonald c. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663, par. 40-41; *Monk c. Farmers’ Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710, par. 22-24; *Daverne c. John Switzer Fuels Ltd.*, 2015 ONCA 919, 128 O.R. (3d) 188, par. 12-14; *True Construction Ltd. c. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173, par. 34 (CanLII); *Sankar c. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242, par. 26 (CanLII)).

[23] En revanche, dans d’autres affaires, les cours d’appel ont appliqué *Sattva* et s’en sont remises aux interprétations des contrats types retenues par les tribunaux de première instance (*Kassburg c. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2014 ONCA 922,

*Bell Mobility Inc.*, 2015 NWTCA 3, 593 A.R. 79, at paras. 9 and 33-35; *Van Camp v. Chrome Horse Motorcycle Inc.*, 2015 ABCA 83, 599 A.R. 201; *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. v. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575, at paras. 40-41; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals v. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581, at paras. 34-36; *Acciona Infrastructure Canada Inc. v. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223, at para. 35; and *GCAN Insurance Co. v. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500, at para. 40 (CanLII). See also *Stewart Estate*, at para. 63, per Rowbotham J.A. (dissenting on this point).

[24] I would recognize an exception to this Court's holding in *Sattva* that contractual interpretation is a question of mixed fact and law subject to deferential review on appeal. In my view, where an appeal involves the interpretation of a standard form contract, the interpretation at issue is of precedential value, and there is no meaningful factual matrix that is specific to the parties to assist the interpretation process, this interpretation is better characterized as a question of law subject to correctness review.

[25] The statements made in *Sattva* on the standard of review of contractual interpretation must be considered in their full context. That case concerned a complex commercial agreement between two sophisticated parties — not a standard form contract. Professor John D. McCamus has described standard form contracts as follows:

... the document put forward will typically constitute a standard printed form that the party proffering the document invariably uses when entering transactions of this kind. The form will often be offered on a “take it or leave it” basis. In the typical case, the other party, then, will have no choice but either to agree to the terms of the standard form or to decline to enter the transaction altogether. Standard form agreements are a pervasive and indispensable feature of modern commercial life. It is simply not feasible to negotiate, in any meaningful sense,

124 O.R. (3d) 171, par. 33; *Anderson c. Bell Mobility Inc.*, 2015 NWTCA 3, 593 A.R. 79, par. 9 et 33-35; *Van Camp c. Chrome Horse Motorcycle Inc.*, 2015 ABCA 83, 599 A.R. 201; *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. c. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575, par. 40-41; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals c. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581, par. 34-36; *Acciona Infrastructure Canada Inc. c. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223, par. 35; *GCAN Insurance Co. c. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500, par. 40 (CanLII). Voir aussi *Stewart Estate*, par. 63, la juge Rowbotham (dissidente sur ce point)).

[24] Je suis d'avis de reconnaître une exception à la conclusion tirée dans *Sattva* selon laquelle l'interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit dont le contrôle en appel doit être empreint de déférence. Selon moi, lorsqu'un appel porte sur l'interprétation d'un contrat type, que l'interprétation en litige a valeur de précédent et que l'exercice d'interprétation ne repose sur aucun fondement factuel significatif qui est propre aux parties concernées, il est plus juste de dire que cette interprétation est une question de droit assujettie à un contrôle selon la norme de la décision correcte.

[25] Les affirmations dans *Sattva* au sujet de la norme de contrôle applicable en matière d'interprétation contractuelle doivent être replacées dans leur contexte global. L'arrêt *Sattva* portait sur une entente commerciale complexe intervenue entre deux parties avisées, et non sur un contrat type. Le professeur John D. McCamus a décrit ainsi les contrats types :

[TRADUCTION] ... il s'agit typiquement d'une formule type imprimée à laquelle a toujours recours la partie qui la propose pour ce type d'opération. La formule est souvent présentée comme étant une offre « à prendre ou à laisser ». Normalement, l'autre partie n'aura comme choix que d'accepter ou de refuser l'intégralité des modalités de la formule type. Les contrats d'adhésion types sont omniprésents et constituent une caractéristique indispensable de l'activité commerciale moderne. Il n'est tout simplement pas possible de négocier réellement les

the terms of many of the transactions entered into in the course of daily life.

(*The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at p. 185)

*Sattva* did not consider the unique issues that standard form contracts raise.

[26] Moreover, the Court in *Sattva* gave two reasons for concluding that contractual interpretation is a question of mixed fact and law subject to deferential review on appeal. As a general matter, those reasons are less compelling in the context of standard form contracts.

(1) Factual Matrix

[27] The first reason is that the surrounding circumstances of the contract, or the factual matrix in which it was formed, are important considerations in contractual interpretation: *Sattva*, at para. 46. Rothstein J. stated that determining the intention of the parties is a “fact-specific goal” that requires a trial court to “read the contract as a whole, giving the words used their ordinary and grammatical meaning, consistent with the surrounding circumstances known to the parties at the time of formation of the contract”: paras. 47 and 49.

[28] While a proper understanding of the factual matrix is crucial to the interpretation of many contracts, it is often less relevant for standard form contracts, because “the parties do not negotiate terms and the contract is put to the receiving party as a take-it-or-leave-it proposition”: *MacDonald*, at para. 33. Standard form contracts are particularly common in the insurance industry, as Professor Barbara Billingsley observed in *General Principles of Canadian Insurance Law* (2nd ed. 2014), at p. 56:

As part of its business considerations and in advance of meeting with any particular client, an insurance company decides the terms and conditions under which it is willing to provide insurance coverage for certain common

modalités d’un grand nombre des opérations conclues quotidiennement.

(*The Law of Contracts* (2<sup>e</sup> éd. 2012), p. 185)

La Cour n’a pas examiné dans *Sattva* les questions uniques que soulèvent les contrats types.

[26] Par ailleurs, dans *Sattva*, la Cour a donné deux motifs à l’appui de sa conclusion selon laquelle l’interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit dont le contrôle en appel doit être empreint de déférence. En règle générale, ces motifs sont moins convaincants lorsqu’il est question de contrats types.

(1) Fondement factuel

[27] Le premier motif est que les circonstances entourant le contrat, ou le fondement factuel de sa formation, sont des considérations importantes pour son interprétation (*Sattva*, par. 46). Selon le juge Rothstein, le but de l’exercice consistant à déterminer l’intention des parties est « axé sur les faits » et requiert qu’un tribunal de première instance « interprète le contrat dans son ensemble, en donnant aux mots y figurant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec les circonstances dont les parties avaient connaissance au moment de la conclusion du contrat » (par. 47 et 49).

[28] Certes, une compréhension adéquate du fondement factuel est cruciale pour l’interprétation de nombreux contrats. Toutefois, dans le cas des contrats types, le fondement factuel est souvent moins pertinent parce que [TRADUCTION] « les parties ne négocient pas les modalités et le contrat est présenté comme une proposition à prendre ou à laisser » (*MacDonald*, par. 33). Les contrats types sont particulièrement communs dans l’industrie des assurances, comme l’a fait observer la professeure Barbara Billingsley dans *General Principles of Canadian Insurance Law* (2<sup>e</sup> éd. 2014), p. 56 :

[TRADUCTION] Eu égard aux considérations commerciales qui lui sont propres et avant de rencontrer tout client, la compagnie d’assurance décide des conditions dans lesquelles elle est disposée à fournir une garantie d’assurance

types of risk. This means that, in most situations, an insurance company does not negotiate the detailed terms of insurance coverage with individual customers. Instead, before entering into any insurance agreements, an insurer typically drafts a series of pre-fabricated contracts outlining the terms upon which particular kinds of coverage will be provided. These contracts are known as “standard form policies”. The insurer then provides the appropriate standard form policy to clients purchasing insurance coverage.

[29] Parties to an insurance contract may negotiate over matters like the cost of premiums, but the actual conditions of the insurance coverage are generally determined by the standard form contract: Billingsley, at p. 58.

[30] My colleague Justice Cromwell accepts that, for standard form contracts, there are usually no relevant surrounding circumstances relating to negotiation (para. 106). However, he observes that other elements of the surrounding circumstances — such as the purpose of the contract, the nature of the relationship it creates, and the market or industry in which it operates — have a role in the interpretation process.

[31] I agree that factors such as the purpose of the contract, the nature of the relationship it creates, and the market or industry in which it operates should be considered when interpreting a standard form contract. However, those considerations are generally not “inherently fact specific”: *Sattva*, at para. 55. Rather, they will usually be the same for everyone who may be a party to a particular standard form contract. This underscores the need for standard form contracts to be interpreted consistently, a point to which I will return below.

[32] In sum, for standard form contracts, the surrounding circumstances generally play less of a role in the interpretation process, and where they are relevant, they tend not to be specific to the particular parties. Accordingly, the first reason given in *Sattva* for concluding that contractual interpretation is a question of mixed fact and law — the importance of the factual matrix — carries less weight in cases involving standard form contracts.

pour certains risques courants. Ainsi, dans la plupart des cas, la compagnie d’assurance ne négocie pas les modalités détaillées de la garantie avec un client en particulier. Ce qui se passe plutôt, c’est qu’avant de conclure un contrat d’assurance, l’assureur rédige généralement une série de contrats préétablis décrivant dans quelles conditions certains types de garantie seront offerts. Ces contrats sont appelés des « polices d’assurance types ». L’assureur fournit ainsi la police d’assurance type appropriée à chaque client qui achète une garantie d’assurance.

[29] Les parties à un contrat d’assurance peuvent négocier des éléments comme le coût des primes, mais les véritables conditions de la garantie sont généralement établies par le contrat type (Billingsley, p. 58).

[30] Mon collègue le juge Cromwell convient que, dans le cas des contrats types, il n’y a habituellement aucune circonstance pertinente touchant les négociations (par. 106). Il fait toutefois remarquer que d’autres éléments des circonstances — tels l’objet du contrat, la nature de la relation qu’il crée et le marché ou l’industrie où il est employé — ont un rôle à jouer dans l’exercice d’interprétation.

[31] Je reconnais qu’il y a lieu de prendre en considération des facteurs comme l’objet du contrat, la nature de la relation qu’il crée et le marché ou l’industrie où il est employé pour interpréter un contrat type. Par contre, ces considérations ne sont généralement pas, « de par [leur] nature même, axé[es] sur les faits » (*Sattva*, par. 55). Elles sont plutôt habituellement les mêmes pour toute personne qui peut être partie à un contrat type donné. Cela fait ressortir la nécessité d’interpréter uniformément les contrats types, un point sur lequel je reviendrai plus loin.

[32] Bref, dans le cas des contrats types, les circonstances les entourant ont généralement un rôle moins important à jouer dans l’exercice d’interprétation et, lorsqu’elles sont pertinentes, elles ne sont généralement pas propres aux parties en cause. En conséquence, le premier motif donné dans *Sattva* à l’appui de la conclusion que l’interprétation d’un contrat est une question mixte de fait et de droit — l’importance du fondement factuel — a moins de force dans les cas des contrats types.

(2) The Definitions of “Question of Law” and “Question of Mixed Fact and Law”

[33] In *Sattva*, this Court gave a second reason for concluding that contractual interpretation is a question of mixed fact and law: contractual interpretation does not fit within the definition of a pure question of law. Questions of law are “about what the correct legal test is”: para. 49, quoting *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 35. For instance, the content of a particular legal principle of contractual interpretation is a question of law. However, in interpreting contracts, courts apply the legal principles of contractual interpretation to determine the parties’ objective intentions: *Sattva*, at para. 49. Therefore, according to *Sattva*, contractual interpretation is a question of mixed fact and law, which is defined as “applying a legal standard” (the legal principles of contractual interpretation) “to a set of facts” (the words of the contract and the factual matrix): para. 49, quoting *Housen*, at para. 26.

[34] In my view, however, while contractual interpretation is generally a question of mixed fact and law, in situations involving standard form contracts, it is more appropriately classified as a question of law in most circumstances.

[35] The law of standard of review — including the distinction between questions of law and those of mixed fact and law — seeks to achieve an appropriate division of labour between trial and appellate courts in accordance with their respective roles. The main function of trial courts is to resolve the particular disputes before them: *Housen*, at para. 9. Appellate courts, however, “operate at a higher level of legal generality”: *Association des parents ayants droit de Yellowknife v. Northwest Territories (Attorney General)*, 2015 NWTCA 2, 593 A.R. 180, at para. 23. They ensure that “the same legal rules are applied in similar situations”, as the rule of law demands: *Housen*, at para. 9. Appellate courts also

(2) Les définitions de « question de droit » et de « question mixte de fait et de droit »

[33] Dans l’arrêt *Sattva*, la Cour avance un deuxième motif pour justifier sa conclusion selon laquelle l’interprétation des contrats est une question mixte de fait et de droit : l’interprétation contractuelle ne cadre pas avec la définition de la pure question de droit. Les questions de droit « concernent la détermination du critère juridique applicable » (par. 49, citant *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 35). À titre d’exemple, la teneur d’un principe juridique particulier d’interprétation contractuelle est une question de droit. Toutefois, dans l’interprétation des contrats, les tribunaux appliquent les principes juridiques d’interprétation contractuelle pour déterminer les intentions objectives des parties (*Sattva*, par. 49). En conséquence, selon *Sattva*, l’interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit, définie comme « l’application d’une norme juridique » (les principes juridiques de l’interprétation contractuelle) « à un ensemble de faits » (les termes du contrat et le fondement factuel) (par. 49, citant *Housen*, par. 26).

[34] J’estime toutefois que, si l’interprétation contractuelle est généralement une question mixte de fait et de droit, lorsqu’il s’agit de contrats types, il est plus juste de la considérer comme une question de droit dans la plupart des cas.

[35] Le droit applicable aux normes de contrôle — notamment en ce qui a trait à la distinction entre les questions de droit et les questions mixtes de fait et de droit — vise à établir une répartition appropriée des tâches entre les tribunaux de première instance et les cours d’appel, conformément à leurs rôles respectifs. La principale fonction des tribunaux de première instance est de résoudre les litiges qui leur sont soumis (*Housen*, par. 9). Quant aux cours d’appel, elles « exercent leurs fonctions à un niveau élevé de généralité » (*Association des parents ayants droit de Yellowknife c. Territoires du Nord-Ouest (Procureur général)*, 2015 NWTCA 2, 593 A.R. 180, par. 23). Elles veillent à ce que « les mêmes règles de droit

have a law-making function, which requires them to “delineate and refine legal rules”: *ibid.*

[36] These particular functions of appellate courts — ensuring consistency in the law and reforming the law — justify reviewing pure questions of law on the standard of correctness. By contrast, appellate courts defer to findings of fact in part because they can discharge their mandate without second-guessing trial courts’ factual determinations: *Housen*, at paras. 11-14. For questions of mixed fact and law, the correctness standard applies to extricable errors of law (such as the application of an incorrect principle) because, again, a review on the standard of correctness is necessary to allow appellate courts to fulfill their role. However, where it is “difficult to extricate the legal questions from the factual”, appellate courts defer on questions of mixed fact and law: *Housen*, at para. 36; see also paras. 33-35.

[37] In many cases, appellate courts need not review for correctness the contractual interpretation *itself* in order to perform their functions — namely, ensuring the consistent application of the law and reforming the law. That is because, in general, the interpretation of a contract has no impact beyond the parties to a dispute. As Rothstein J. commented in *Sattva*, at para. 52:

... this Court in *Housen* found that deference to fact-finders promoted the goals of limiting the number, length, and cost of appeals, and of promoting the autonomy and integrity of trial proceedings (paras. 16-17). These principles also weigh in favour of deference to first instance decision-makers on points of contractual interpretation. The legal obligations arising from a contract are, in most cases, limited to the interest of the particular parties. Given that our legal system leaves broad scope to tribunals of

soient appliquées dans des situations similaires », comme l’exige la primauté du droit (*Housen*, par. 9). Elles jouent aussi un rôle dans l’élaboration du droit, ce qui les oblige à « préciser et [à] raffiner les règles de droit » (*ibid.*).

[36] Ces fonctions particulières des cours d’appel — veiller à l’application uniforme du droit et à sa réforme — justifient qu’elles exercent un contrôle selon la norme de la décision correcte pour les pures questions de droit. En revanche, les cours d’appel font preuve de déférence à l’égard des conclusions de fait, et ce, notamment parce qu’elles peuvent s’acquitter de leur mandat sans avoir à se prononcer après coup sur les conclusions factuelles des tribunaux de première instance (*Housen*, par. 11-14). Pour les questions mixtes de fait et de droit, la norme de la décision correcte s’applique aux erreurs de droit susceptibles d’être isolées (comme l’application du mauvais principe) parce que, dans ce cas aussi, un contrôle selon la norme de la décision correcte est nécessaire pour permettre aux cours d’appel de jouer leur rôle. Par contre, lorsqu’il est « difficile de départager les questions de droit et les questions de fait », les cours d’appel font preuve de déférence à l’égard des questions mixtes de fait et de droit (*Housen*, par. 36; voir aussi par. 33-35).

[37] Dans bien des cas, les cours d’appel n’ont pas besoin de procéder à un examen de l’interprétation contractuelle *en soi* selon la norme de la décision correcte pour s’acquitter de leurs fonctions — qui consistent à veiller à l’application uniforme du droit et à sa réforme — et ce, parce que l’interprétation d’un contrat donné n’a généralement d’incidence que sur les parties au litige. Comme l’a fait observer le juge Rothstein dans *Sattva*, par. 52 :

... la Cour dans l’arrêt *Housen* conclut que la retenue à l’égard du juge des faits contribue à réduire le nombre, la durée et le coût des appels tout en favorisant l’autonomie du procès et son intégrité (par. 16-17). Ces principes militent également en faveur de la déférence à l’endroit des décideurs de première instance en matière d’interprétation contractuelle. Les obligations juridiques issues d’un contrat se limitent, dans la plupart des cas, aux intérêts des parties au litige. Le vaste pouvoir de trancher les questions

first instance to resolve issues of limited application, this supports treating contractual interpretation as a question of mixed fact and law.

[38] For the interpretation of many contracts, precedents interpreting similar contractual language may be of some persuasive value. However, it is the intentions of the particular parties, as reflected in the particular contractual wording at issue and informed by the surrounding circumstances of the contract, that predominate, and “[i]f that intention differs from precedent, the intention will govern and the precedent will not be followed”: G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3rd ed. 2016), at pp. 129-30; see also *Tenneco Canada Inc. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, 1999 BCCA 415, 126 B.C.A.C. 9, at para. 43.

[39] These teachings, however, do not necessarily apply in cases involving standard form contracts, where a review on the standard of correctness may be necessary for appellate courts to fulfill their functions. Standard form contracts are “highly specialized contracts that are sold widely to customers without negotiation of terms”: *MacDonald*, at para. 37. In some cases, a single company, such as a bank or a telephone service provider, may use its own standard form contract with all of its customers: *Monk*, at para. 23. In others, a standard form agreement may be common throughout an entire industry: *Precision Plating*, at para. 28. Either way, the interpretation of the standard form contract could affect many people, because “precedent is more likely to be controlling” in the interpretation of such contracts: Hall, at p. 131. It would be undesirable for courts to interpret identical or very similar standard form provisions inconsistently, without good reason. The mandate of appellate courts — “ensuring the consistency of the law” (*Sattva*, at para. 51) — is advanced by permitting appellate courts to review the interpretation of standard form contracts for correctness.

d’application limitée que notre système judiciaire confère aux tribunaux de première instance appuie la proposition selon laquelle l’interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit.

[38] Pour interpréter de nombreux contrats, on peut recourir aux précédents dans lesquels les tribunaux interprètent un libellé contractuel semblable et leur accorder une certaine valeur persuasive, mais ce sont les intentions des parties en cause exprimées dans le libellé particulier du contrat en litige et considérées à l’aune des circonstances entourant le contrat qui ont préséance; ainsi, [TRADUCTION] « [s]i l’intention des parties concernées est différente de celle des parties dans le précédent, c’est l’intention des parties concernées qui compte et le précédent ne sera pas appliqué » (G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3<sup>e</sup> éd. 2016), p. 129-130; voir aussi *Tenneco Canada Inc. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, 1999 BCCA 415, 126 B.C.A.C. 9, par. 43).

[39] Ces enseignements ne valent toutefois pas nécessairement pour les contrats types, à l’égard desquels un contrôle selon la norme de la décision correcte peut être requis pour que les cours d’appel puissent s’acquitter de leurs fonctions. Les contrats types sont [TRADUCTION] « des contrats hautement spécialisés qui sont largement vendus à des clients sans qu’il y ait négociation des modalités » (*MacDonald*, par. 37). Dans certains cas, une entreprise unique, comme une banque ou un fournisseur de services téléphoniques, peut utiliser son propre contrat type auprès de tous ses clients (*Monk*, par. 23). Dans d’autres cas, un contrat type peut être commun à l’ensemble d’une industrie (*Precision Plating*, par. 28). Dans les deux situations, l’interprétation du contrat type peut toucher de nombreuses personnes, parce que [TRADUCTION] « le précédent est probablement déterminant » pour l’interprétation de tels contrats (Hall, p. 131). Il ne serait pas souhaitable que les cours interprètent différemment des contrats types identiques ou très similaires sans bonne raison. Le rôle des cours d’appel — « assurer la cohérence du droit » (*Sattva*, par. 51) — est servi lorsqu’on leur permet de contrôler l’interprétation d’un contrat type selon la norme de la décision correcte.

[40] Indeed, consistency is particularly important in the interpretation of standard form insurance contracts. In *Co-operators Life Insurance Co. v. Gibbens*, 2009 SCC 59, [2009] 3 S.C.R. 605, at para. 27, Binnie J. recognized that “‘courts will normally be reluctant to depart from [authoritative] judicial precedent interpreting the policy in a particular way’ . . . where the issue arises subsequently in a similar context, and where the policies are similarly framed”, because both insurance companies and customers benefit from “[c]ertainty and predictability”. And where an insurance policy is ambiguous, courts “strive to ensure that similar insurance policies are construed consistently”: *Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2010 SCC 33, [2010] 2 S.C.R. 245, at para. 23.

[41] The definition of questions of law — “questions about what the correct legal test is” (*Southam*, at para. 35) — does not preclude classifying some questions of contractual interpretation as questions of law. There is no bright-line distinction between questions of law and those of mixed fact and law. Rather, “the degree of generality (or ‘precedential value’)” is the key difference between the two types of questions: *Sattva*, at para. 51. As Iacobucci J. stated in *Southam*, at para. 37:

If a court were to decide that driving at a certain speed on a certain road under certain conditions was negligent, its decision would not have any great value as a precedent. In short, as the level of generality of the challenged proposition approaches utter particularity, the matter approaches pure application, and hence draws nigh to being an unqualified question of mixed law and fact. . . . Of course, it is not easy to say precisely where the line should be drawn; though in most cases it should be sufficiently clear whether the dispute is over a general proposition that might qualify as a principle of law or over a very particular set of circumstances that is not apt to be of much interest to judges and lawyers in the future.

[40] En effet, la constance revêt une importance particulière dans l’interprétation des contrats d’assurance types. Dans *Co-operators Compagnie d’assurance-vie c. Gibbens*, 2009 CSC 59, [2009] 3 R.C.S. 605, par. 27, le juge Binnie a reconnu que « [TRADUCTION] “les tribunaux hésitent habituellement à s’écarter de l’interprétation attribuée à une police dans une décision antérieure [faisant autorité]” [. . .] lorsqu’ils sont saisis de la même question d’interprétation dans un contexte semblable et que les polices ont un libellé analogue », parce que tant les compagnies d’assurance que les clients bénéficient de « [l]a certitude et [de] la prévisibilité ». Par ailleurs, lorsqu’une police d’assurance est ambiguë, les tribunaux « f[ont] en sorte que les polices d’assurance semblables soient interprétées d’une manière uniforme » (*Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d’assurances générales Lombard*, 2010 CSC 33, [2010] 2 R.C.S. 245, par. 23).

[41] La définition des questions de droit — « [ces questions] concernent la détermination du critère juridique applicable » (*Southam*, par. 35) — ne nous empêche pas de considérer certaines questions d’interprétation contractuelle comme des questions de droit. Il n’y a pas de ligne de démarcation nette entre les questions de droit et les questions mixtes de fait et de droit. C’est plutôt « le degré de généralité (ou “la valeur comme précéd[en]t”) » qui constitue la principale différence entre ces deux catégories de question (*Sattva*, par. 51). Comme l’a affirmé le juge Iacobucci dans *Southam*, par. 37 :

Si une cour décidait que le fait d’avoir conduit à une certaine vitesse, sur une route donnée et dans des conditions particulières constituait de la négligence, sa décision aurait peu de valeur comme précédent. Bref, plus le niveau de généralité de la proposition contestée se rapproche de la particularité absolue, plus l’affaire prend le caractère d’une question d’application pure, et s’approche donc d’une question de droit et de fait parfaite. [. . .] Il va de soi qu’il n’est pas facile de dire avec précision où doit être tracée la ligne de démarcation; quoique, dans la plupart des cas, la situation soit suffisamment claire pour permettre de déterminer si le litige porte sur une proposition générale qui peut être qualifiée de principe de droit ou sur un ensemble très particulier de circonstances qui n’est pas susceptible de présenter beaucoup d’intérêt pour les juges et les avocats dans l’avenir.

[42] Contractual interpretation is often the “pure application” of contractual interpretation principles to a unique set of circumstances. In such cases, the interpretation is not “of much interest to judges and lawyers in the future” because of its “utter particularity”. These questions of contractual interpretation are appropriately classified as questions of mixed fact and law, as the Court explained in *Sattva*.

[43] However, the interpretation of a standard form contract could very well be of “interest to judges and lawyers in the future”. In other words, the interpretation itself has precedential value. The interpretation of a standard form contract can therefore fit under the definition of a “pure question of law”, i.e., “questions about what the correct legal test is”: *Sattva*, at para. 49; *Southam*, at para. 35. Establishing the proper interpretation of a standard form contract amounts to establishing the “correct legal test”, as the interpretation may be applied in future cases involving identical or similarly worded provisions.

[44] My colleague Cromwell J. suggests that the interpretation of a standard form contract will not be of much precedential value because “its application in other cases will ultimately be decided on a case-by-case basis in light of the particular circumstances of the particular case” (para. 120). I respectfully disagree. Settling on a consistent interpretation of a standard form provision is useful. Of course, the result of applying the interpretation in future cases will depend on the facts of those cases. The facts are for the trial judge to find, and those findings will be owed deference.

[45] For instance, in this case, the Court of Appeal interpreted the Exclusion Clause as excluding damages physically or systemically connected to the faulty work. For the reasons I will give below, I am of the view that the Exclusion Clause excludes only the cost of redoing the faulty work. These are two different interpretations of the same standard form language. Selecting one interpretation over the other as correct will give parties certainty and

[42] L’interprétation contractuelle participe souvent de l’« application pure » des principes d’interprétation contractuelle à un ensemble unique de circonstances. Dans ces cas, l’interprétation ne présente pas « beaucoup d’intérêt pour les juges et les avocats dans l’avenir » en raison de sa « particularité absolue ». Ces questions d’interprétation contractuelle sont classées à bon droit dans la catégorie des questions mixtes de fait et de droit, comme l’explique la Cour dans *Sattva*.

[43] Or, l’interprétation d’un contrat type pourrait fort bien présenter de l’« intérêt pour les juges et les avocats dans l’avenir ». Autrement dit, l’interprétation en soi a valeur de précédent. L’interprétation d’un contrat type peut donc correspondre à la définition de « pure question de droit », c.-à-d. une « questio[n] [. . .] “concern[ant] la détermination du critère juridique applicable” » (*Sattva*, par. 49; *Southam*, par. 35). Établir la juste interprétation d’un contrat type revient à établir le « bon critère juridique », puisque cette interprétation peut être appliquée dans l’avenir à des dispositions identiques ou formulées de façon semblable.

[44] D’après mon collègue le juge Cromwell, l’interprétation d’un contrat type n’a pas une grande valeur de précédent car « les tribunaux décideront [. . .] de son application en dernière analyse au cas par cas à la lumière des circonstances propres à chaque affaire » (par. 120). Soit dit en tout respect, je ne suis pas d’accord. Il est utile de s’entendre sur une interprétation constante d’une clause type. Bien sûr, le résultat de l’application de l’interprétation dans des affaires à venir dépendra des faits de celles-ci. Il revient au juge de première instance d’établir les faits et ses conclusions de fait commanderont la déférence.

[45] À titre d’exemple, en l’espèce, la Cour d’appel a jugé que la clause d’exclusion vise les dommages connexes, sur le plan matériel ou systémique, à la malfaçon. Pour les motifs exposés ci-dessous, j’estime que la clause d’exclusion vise seulement le coût de la nouvelle exécution du travail déficient. Il s’agit là de deux interprétations différentes d’une même disposition type. Le fait de retenir une interprétation aux dépens de l’autre assurera une certitude

predictability. This is true even though what constitutes the cost of redoing the faulty work will depend on the facts of future cases.

(3) Conclusion on Standard of Review

[46] *Sattva* should not be read as holding that contractual interpretation is always a question of mixed fact and law, and always owed deference on appeal. I would recognize an exception to *Sattva*'s holding on the standard of review of contractual interpretation. Where, like here, the appeal involves the interpretation of a standard form contract, the interpretation at issue is of precedential value, and there is no meaningful factual matrix specific to the particular parties to assist the interpretation process, this interpretation is better characterized as a question of law subject to correctness review.

[47] These criteria are met in the present case, so the standard of review applicable to the trial judge's interpretation of the Policy is correctness. The trial judge's underlying factual findings remain subject to deferential review, as mentioned above.

[48] Depending on the circumstances, however, the interpretation of a standard form contract may be a question of mixed fact and law, subject to deferential review on appeal. For instance, deference will be warranted if the factual matrix of a standard form contract that is specific to the particular parties assists in the interpretation. Deference will also be warranted if the parties negotiated and modified what was initially a standard form contract, because the interpretation will likely be of little or no precedential value. There may be other cases where deferential review remains appropriate. As Iacobucci J. recognized in *Southam*, the line between questions of law and those of mixed fact and law is not always easily drawn. Appellate courts should consider

et une prévisibilité aux parties. Cela vaut même si ce qui constitue le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux dépendra des faits des affaires à venir.

(3) Conclusion sur la norme de contrôle

[46] L'arrêt *Sattva* ne devrait pas être interprété comme prescrivant que l'interprétation d'un contrat est toujours une question mixte de fait et de droit, et qu'il faut toujours faire montre de déférence envers cette interprétation en appel. Je suis d'avis de reconnaître une exception à la conclusion de *Sattva* sur la norme de contrôle applicable en matière d'interprétation contractuelle. Lorsque, comme en l'espèce, l'appel porte sur l'interprétation d'un contrat type, que l'interprétation en litige a valeur de précédent et que l'exercice d'interprétation ne repose sur aucun fondement factuel significatif qui est propre aux parties concernées, il est plus juste de dire que cette interprétation constitue une question de droit assujettie à un contrôle selon la norme de la décision correcte.

[47] Ces conditions sont satisfaites en l'espèce, de sorte que la norme de contrôle applicable à l'interprétation de la police retenue par le juge de première instance est celle de la décision correcte. Comme je l'ai déjà mentionné, les conclusions de fait sous-jacentes tirées par le juge de première instance doivent toujours faire l'objet d'un contrôle empreint de déférence.

[48] Toutefois, selon les circonstances, l'interprétation d'un contrat type peut être une question mixte de fait et de droit devant faire l'objet d'un contrôle empreint de déférence en appel. À titre d'exemple, la déférence est justifiée si le fondement factuel d'un contrat type qui est propre aux parties concernées aide à l'interpréter. La déférence est aussi justifiée si les parties ont négocié et modifié ce qui était au départ un contrat type, parce que l'interprétation n'aura probablement que peu ou pas de valeur comme précédent. Il peut y avoir d'autres cas où le contrôle empreint de déférence reste de mise. Comme l'a reconnu le juge Iacobucci dans *Southam*, il n'est pas toujours facile de tracer la ligne entre les questions de droit et les questions mixtes de fait et de droit.

whether “the dispute is over a general proposition” or “a very particular set of circumstances that is not apt to be of much interest to judges and lawyers in the future” (para. 37).

## B. *The Exclusion Clause*

### (1) Rules Governing the Interpretation of the Policy

[49] The parties agree that the governing principles of interpretation applicable to insurance policies are those summarized by Rothstein J. in *Progressive Homes*. The primary interpretive principle is that where the language of the insurance policy is unambiguous, effect should be given to that clear language, reading the contract as a whole: para. 22, citing *Non-Marine Underwriters, Lloyd’s of London v. Scalera*, 2000 SCC 24, [2000] 1 S.C.R. 551, at para. 71.

[50] Where, however, the policy’s language is ambiguous, general rules of contract construction must be employed to resolve that ambiguity. These rules include that the interpretation should be consistent with the reasonable expectations of the parties, as long as that interpretation is supported by the language of the policy; it should not give rise to results that are unrealistic or that the parties would not have contemplated in the commercial atmosphere in which the insurance policy was contracted, and it should be consistent with the interpretations of similar insurance policies. See *Progressive Homes*, at para. 23, citing *Scalera*, at para. 71; *Gibbens*, at paras. 26-27; and *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, at pp. 900-902.

[51] Only if ambiguity still remains after the above principles are applied can the *contra proferentem* rule be employed to construe the policy against the insurer: *Progressive Homes*, at para. 24, citing *Scalera*, at para. 70; *Gibbens*, at para. 25; and *Consolidated-Bathurst*, at pp. 899-901. *Progressive Homes* provides that a corollary of this rule is that

Les cours d’appel devraient se demander si « le litige porte sur une proposition générale » ou « sur un ensemble très particulier de circonstances qui n’est pas susceptible de présenter beaucoup d’intérêt pour les juges et les avocats dans l’avenir » (par. 37).

## B. *La clause d’exclusion*

### (1) Les règles régissant l’interprétation de la police

[49] Les parties s’entendent pour dire que les principes d’interprétation des polices d’assurance sont ceux qu’a résumés le juge Rothstein dans *Progressive Homes*. Selon le premier principe d’interprétation, lorsque le texte de la police n’est pas ambigu, le tribunal doit donner effet à ce texte clair et considérer le contrat dans son ensemble (par. 22, citant *Non-Marine Underwriters, Lloyd’s of London c. Scalera*, 2000 CSC 24, [2000] 1 R.C.S. 551, par. 71).

[50] Toutefois, lorsque le texte de la police est ambigu, on doit recourir aux règles générales d’interprétation des contrats pour résoudre cette ambiguïté, entre autres : retenir une interprétation conforme aux attentes raisonnables des parties, pourvu que le texte de la police était cette interprétation; éviter une interprétation qui aboutirait à un résultat irréaliste ou que n’auraient pas envisagé les parties dans le climat commercial où la police d’assurance a été contractée; l’interprétation retenue doit s’accorder avec celles des polices d’assurance semblables. Voir *Progressive Homes*, par. 23, citant *Scalera*, par. 71; *Gibbens*, par. 26-27; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888, p. 900-902.

[51] Ce n’est que s’il subsiste une ambiguïté après l’application des principes susmentionnés que les tribunaux peuvent recourir à la règle *contra proferentem* pour interpréter la police contre l’assureur (*Progressive Homes*, par. 24, citant *Scalera*, par. 70; *Gibbens*, par. 25; et *Consolidated Bathurst*, p. 899-901. Selon *Progressive Homes*, le corollaire de cette

coverage provisions in insurance policies are interpreted broadly, and exclusion clauses narrowly.

[52] It is also important to bear in mind this Court's guidance in *Progressive Homes* on the "generally advisable" order in which to interpret insurance policies (para. 28). Although that case involved commercial general liability policies and not builders' risk policies, the two types of policies share a similar alternating structure: they set out the type of coverage followed by specific exclusions, with some exclusions containing exceptions. As such, the insured has the onus of first establishing that the damage or loss claimed falls within the initial grant of coverage. The parties in these appeals have conceded that this particular onus has been met: trial judge's reasons, at para. 9. The onus then shifts to the insurer to establish that one of the exclusions to coverage applies. If the insurer is successful at this stage, the onus then shifts back to the insured to prove that an exception to the exclusion applies: see *Progressive Homes*, at paras. 26-29 and 51. Contrary to the Court of Appeal's statement at para. 26 of its reasons that the exclusion and exception in this case must be interpreted "symbiotically", I see no reason to depart from the generally accepted order of interpretation in analyzing the Policy and the Exclusion Clause.

(2) The Court of Appeal's Approach to the Exclusion Clause

[53] Before engaging in the interpretation of the Exclusion Clause, I believe it necessary to properly set out the Court of Appeal's reasoning and explain why its new physical or systemic connectedness test was unnecessary.

[54] At paras. 29 and 48 of its reasons, the Court of Appeal explained that because the base coverage under clause 2 of the Policy is for "physical loss

règle est que les dispositions relatives à la garantie dans les polices d'assurance doivent recevoir une interprétation large, et les clauses d'exclusion, une interprétation étroite.

[52] Il importe également de garder à l'esprit les indications données par notre Cour dans *Progressive Homes* quant à l'ordre « généralement recommandé » pour l'interprétation des polices d'assurance (par. 28). L'affaire *Progressive Homes* concernait des polices d'assurance de responsabilité civile des entreprises et non des polices d'assurance chantier, mais les deux types de police partagent la même structure alternative, en ce sens qu'elles prévoient le type de garantie puis des exclusions précises, et certaines exclusions comportent des exceptions. En conséquence, l'assuré a le fardeau d'établir en premier lieu que le dommage ou la perte faisant l'objet de la réclamation relevait de la garantie initiale. Les parties aux présents pourvois ont concédé que les assurées s'étaient acquittées de ce fardeau (motifs du juge de première instance, par. 9). Il y a alors déplacement du fardeau de la preuve et l'assureur doit établir que l'une des exclusions de la garantie s'applique. S'il y parvient, le fardeau de la preuve se déplace à nouveau et il incombe à l'assuré de prouver qu'une exception à l'exclusion s'applique (voir *Progressive Homes*, par. 26-29 et 51). Contrairement à l'affirmation de la Cour d'appel au par. 26 de ses motifs selon laquelle l'exclusion et l'exception en l'espèce doivent être interprétées [TRADUCTION] « en symbiose », je ne vois aucune raison de déroger à l'ordre d'interprétation généralement reconnu pour analyser la police et la clause d'exclusion.

(2) La façon dont la Cour d'appel a abordé la clause d'exclusion

[53] Avant de procéder à l'interprétation de la clause d'exclusion, je crois qu'il est nécessaire de bien situer le raisonnement de la Cour d'appel et d'expliquer pourquoi son nouveau critère de connexité matérielle ou systémique était inutile.

[54] Aux paragraphes 29 et 48 de ses motifs, la Cour d'appel a expliqué que la clause d'exclusion doit soustraire à la garantie certaines pertes

or damage”, it follows that the Exclusion Clause needs to exclude from coverage some physical loss. In the Court of Appeal’s opinion, a different reading of the Exclusion Clause would risk rendering it redundant. Under this view, the “cost of making good faulty workmanship” cannot be limited to the cost of redoing the faulty work. Rather, that exclusion must be construed more broadly to also exclude from coverage some type of physical loss or damage.

[55] As mentioned above, the Court of Appeal’s acceptance of this initial premise led it to search for a dividing line between physical damage that is part of the “cost of making good” and therefore excluded from coverage, and physical damage that is “resulting damage” and therefore covered as an exception to the exclusion. In its quest to establish this dividing line, the court fashioned a new test of “degree of physical or systemic connectedness”, which it said was “the key to determining the boundary between ‘making good faulty workmanship’ and ‘resulting damage’”: para. 50.

[56] In my respectful view, the premise from which the Court of Appeal proceeded is flawed. The “faulty workmanship” exclusion need not encompass physical damage. Although “[e]xclusions should . . . be read in light of the initial grant of coverage” (*Progressive Homes*, at para. 27; see also M. G. Lichty and M. B. Snowden, *Annotated Commercial General Liability Policy* (loose-leaf), at p. 1-10), this Court has stressed that “perfect mutual exclusivity [between exclusions and the initial grant of coverage] in an insurance contract is not required”: *Progressive Homes*, at para. 40.

[57] Bearing the above-mentioned principle in mind, the Policy in this case contains exclusions that do not pertain to “physical loss or damage” otherwise covered under clause 2. For instance, clause 4(A)(a) of the Policy excludes from coverage “[a]ny loss of use or occupancy or consequential loss of any nature howsoever caused including penalties for non-completion of or delay in completion of contract

matérielles parce que la garantie de base prévue à la clause 2 de la police vise les « perte ou [. . .] dommages matériels ». Selon la Cour d’appel, toute autre interprétation de la clause d’exclusion risquerait de rendre cette disposition redondante. D’après ce point de vue, les « frais engagés pour remédier à une malfaçon » ne peuvent se limiter au coût de la nouvelle exécution du travail défectueux; ils doivent plutôt être interprétés plus largement de manière à exclure également de la garantie certains types de perte ou de dommages matériels.

[55] Comme je l’ai mentionné précédemment, l’acceptation de cette prémisse initiale par la Cour d’appel a amené cette dernière à chercher une ligne de démarcation entre les dommages matériels qui relèvent des « frais engagés pour remédier à une malfaçon » et qui sont exclus par le fait même de la garantie et les dommages matériels assimilables à des « dommages [. . .] découlant » de la malfaçon, couverts à titre d’exception à l’exclusion. En tentant d’établir cette ligne de démarcation, la cour a conçu un nouveau critère de [TRADUCTION] « degré de connexité matérielle ou systémique[,] la clé pour fixer la limite entre la “réparation d’une malfaçon” et les “dommages en découlant” » (par. 50).

[56] À mon humble avis, la prémisse de la Cour d’appel est erronée. L’exclusion relative à la « malfaçon » n’a pas besoin d’englober des dommages matériels. Bien que les exclusions « doivent [. . .] être lues à la lumière de la protection initiale » (*Progressive Homes*, par. 27; voir aussi M. G. Lichty et M. B. Snowden, *Annotated Commercial General Liability Policy* (feuilles mobiles), p. 1-10), notre Cour a souligné qu’une « exclusivité mutuelle parfaite [entre des exclusions et la protection initiale] n[’est] pas obligatoire dans un contrat d’assurance » (*Progressive Homes*, par. 40).

[57] Compte tenu du principe susmentionné, la police en l’espèce contient des exclusions qui ne touchent pas les « perte ou [. . .] dommages matériels » autrement couverts aux termes de la clause 2. À titre d’exemple, la clause 4(A)a) de la police soustrait à la garantie « [l]a perte d’usage ou d’occupation ou perte indirecte de quelque nature que ce soit, y compris les pénalités pour non-exécution

or non-compliance with contract conditions”. This exclusion deals with a form of pure economic loss stemming from contractual breach, not physical loss or damage. Additionally, clause 28 of the “standard conditions” section excludes “costs, fines, penalties or expenses” imposed by governments under environmental legislation. This also does not relate to the Policy’s base coverage for physical loss or damage.

[58] As such, perfect mutual exclusivity is neither provided for under the Policy nor should it be required when interpreting the Exclusion Clause. The Court of Appeal consequently erred by approaching its analysis of the Exclusion Clause from a premise that was not supported by the text of the Exclusion Clause or the Policy as a whole. Adopting this premise led the Court of Appeal down an improper analytical path toward establishing a new and unnecessary test. Indeed, as I will explain below, the general rules of contractual interpretation provide the answer to whether the damage to the Tower’s windows is covered under the Policy.

(3) Interpretation of the Exclusion Clause and the Policy

(a) *The Language of the Exclusion Clause Is Ambiguous*

[59] The Insureds argue that the plain language of the Exclusion Clause, read in the context of the Policy as a whole, is unambiguous. They say it leads to the conclusion that only the cost of redoing the faulty work — in this case, cleaning the windows — is excluded from coverage. The consequences of the faulty work — here, the damage to the windows, necessitating their replacement — are covered as “resulting damage”.

du contrat, retard dans l’exécution du contrat ou non-respect des conditions du contrat ». Cette exclusion porte sur une forme de perte purement financière découlant de la violation du contrat, et non sur les pertes ou dommages matériels. En outre, la clause 28 de la section concernant les [TRADUCTION] « conditions types » exclut les « frais, amendes, pénalités ou dépenses » imposés par les gouvernements en vertu des lois environnementales. Cette exclusion ne se rapporte pas non plus à la garantie de base prévue par la police en cas de perte ou de dommages matériels.

[58] En conséquence, l’exclusivité mutuelle parfaite n’est pas prévue dans la police et ne devrait pas non plus être requise lorsqu’il s’agit d’interpréter la clause d’exclusion. La Cour d’appel a donc commis une erreur en faisant reposer son analyse de la clause d’exclusion sur une prémisse qui n’était étayée ni par le texte de la clause d’exclusion ni par la police dans son ensemble. En adoptant cette prémisse, la Cour d’appel s’est engagée dans un cheminement analytique vicié qui l’a menée à établir un nouveau critère inutile. En fait, comme je l’expliquerai plus loin, les règles générales d’interprétation contractuelle fournissent la réponse à la question de savoir si les dommages causés aux fenêtres de la Tour sont couverts par la police.

(3) Interprétation de la clause d’exclusion et de la police

a) *Le texte de la clause d’exclusion est ambigu*

[59] Les assurées prétendent que le texte clair de la clause d’exclusion, considéré dans le contexte de l’ensemble de la police, n’est pas ambigu. Selon elles, il mène à la conclusion que seul le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux, en l’occurrence le nettoyage des fenêtres, est exclu de la garantie. Les conséquences de la malfaçon, en l’occurrence les dommages causés aux fenêtres en raison desquels celles-ci ont dû être remplacées, sont couvertes en tant que « dommages [. . .] découlant » de la malfaçon.

[60] The Insurers similarly argue that the Exclusion Clause is unambiguous, yet they arrive at a different conclusion as to its meaning. They say that which is excluded is not only the cost of redoing the faulty work, but also the cost of repairing that part of the insured property or project that is the subject of the faulty work. That which is covered as “resulting damage” is consequential damage to some other part of the insured property or project. They point to the case law in support, contending that the courts have consistently interpreted the language of the Exclusion Clause to bear this meaning. Accordingly, in this case, the Insurers say the Policy excludes both the cost of recleaning the windows and the cost of replacing the windows, the subject of the faulty work.

[61] I am of the view that the language of the Exclusion Clause slightly favours the interpretation advanced by the Insureds, but is nonetheless ambiguous. The word “damage” figures only in the exception to the Exclusion Clause; it is not included in the language setting out the exclusion itself, i.e., the “cost of making good faulty workmanship”. As such, “making good faulty workmanship” can, on its plain, ordinary and popular meaning, be construed as redoing the faulty work, and “resulting damage” can be seen as including damages resulting from such faulty work.

[62] That said, the language of the Exclusion Clause does not clearly point to one interpretation of “cost of making good faulty workmanship” and “resulting damage” over the other. The Policy does not define these terms. The general coverage provisions, clauses 1 and 2, do not resolve the ambiguity, and neither do the other provisions in the Policy.

[63] Therefore, we must look to the general principles of contract interpretation. As I will detail below, the application of these principles points to one interpretation that is consistent with the reasonable expectations of the parties and commercial reality: the faulty workmanship exclusion serves to exclude from coverage only the cost of redoing the faulty

[60] Les assureurs prétendent eux aussi que la clause d’exclusion n’est pas ambiguë. Or, ils arrivent à une conclusion différente sur sa signification. Selon eux, ce qui est exclu est non seulement le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux, mais aussi le coût de la réparation de la partie du bien ou du projet assuré qui est touchée par la malfaçon. Ainsi, ce qui est couvert à titre de « dommages en découlant », ce sont les dommages indirects qui ont été causés à une autre partie du bien ou du projet assuré. Ils invoquent à l’appui la jurisprudence, faisant valoir que les tribunaux ont toujours attribué ce sens au texte de la clause d’exclusion. En conséquence, dans la présente affaire, les assureurs disent que la police exclut à la fois le coût du nouveau nettoyage des fenêtres et le coût de remplacement de ces fenêtres, qui faisaient l’objet de la malfaçon.

[61] Je suis d’avis que le texte de la clause d’exclusion milite légèrement en faveur de l’interprétation proposée par les assurées, mais qu’il est néanmoins ambigu. Le mot « dommages » ne figure que dans l’exception à la clause d’exclusion; il ne fait pas partie des mots énonçant l’exclusion elle-même, soit les « frais engagés pour remédier à une malfaçon ». Voilà pourquoi les termes « remédier à une malfaçon » peuvent, selon leur sens ordinaire et courant, être interprétés comme voulant dire la nouvelle exécution du travail déficient, et « dommages en découlant », comme les dommages découlant de cette malfaçon.

[62] Cela dit, le texte de la clause d’exclusion ne favorise pas clairement une interprétation des termes « frais engagés pour remédier à une malfaçon » et « dommages en découlant » au détriment de l’autre. La police ne définit pas ces expressions. Les dispositions générales relatives à la garantie, les clauses 1 et 2, ne dissipent pas l’ambiguïté, pas plus que les autres dispositions de la police.

[63] En conséquence, nous devons nous reporter aux principes généraux d’interprétation des contrats. Comme je l’expliquerai en détail plus loin, l’application de ces principes mène à une interprétation conforme aux attentes raisonnables des parties et à la réalité commerciale : l’exclusion relative à la malfaçon sert à exclure de la garantie uniquement le coût

work, as the resulting damage exception covers costs or damages apart from the cost of redoing the faulty work. As such, excluded under the Policy is the cost of recleaning the windows, but the damage to the windows and therefore the cost of their replacement is covered. This is consistent with previous interpretations of similar clauses in the jurisprudence. Indeed, as I explain below, I disagree with the Insurers' contention that the case law consistently supports their interpretation of the Exclusion Clause.

[64] In light of this determination, it is not necessary to turn to the *contra proferentem* rule to answer the second issue raised in these appeals.

(b) *Reasonable Expectations of the Parties*

[65] Parties' reasonable expectations with respect to the meaning of a contractual provision can often be gleaned from the circumstances surrounding the contract's formation: *Sattva*, at paras. 46-47. However, as discussed above, there is no factual matrix here that would assist in ascertaining the parties' understanding of and intent regarding the Exclusion Clause. The Policy is a standard form contract. And, as the Court of Appeal noted at para. 15 of its reasons, there is no evidence that the parties gave any thought to the cleaning of the windows, the relationship of faulty workmanship to resulting damage, or anything else that would help in determining their reasonable expectations.

[66] Therefore, in my view, the purpose behind builders' risk policies is crucial in determining the parties' reasonable expectations as to the meaning of the Exclusion Clause. In a nutshell, the purpose of these policies is to provide broad coverage for construction projects, which are singularly susceptible to accidents and errors. This broad coverage — in exchange for relatively high premiums — provides certainty, stability, and peace of mind. It ensures construction projects do not grind to a halt because of

de la nouvelle exécution du travail défectueux, alors que l'exception relative aux « dommages en découlant » vise les coûts ou dommages autres que le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux. En conséquence, est exclu aux termes de la police le coût du nouveau nettoyage des fenêtres, mais les dommages causés aux fenêtres, et donc le coût de leur remplacement, sont couverts. Cette interprétation s'accorde avec celles données à des clauses similaires dans la jurisprudence. En fait, comme je l'expliquerai ci-après, je ne suis pas d'accord avec l'affirmation des assureurs selon laquelle les tribunaux ont toujours interprété la clause d'exclusion de la même façon qu'eux.

[64] Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire de recourir à la règle *contra proferentem* pour répondre à la deuxième question soulevée dans les présents pourvois.

b) *Attentes raisonnables des parties*

[65] Les attentes raisonnables des parties en ce qui concerne la signification d'une disposition contractuelle peuvent souvent être dégagées des circonstances de la formation du contrat (*Sattva*, par. 46-47). Toutefois, comme nous l'avons vu dans l'analyse de la norme de contrôle, il n'y a pas de fondement factuel en l'espèce qui pourrait nous aider à cerner la conception qu'ont les parties de la clause d'exclusion et de leur intention à son égard. La police est un contrat type. En outre, comme la Cour d'appel l'a indiqué au par. 15 de ses motifs, rien ne prouve que les parties ont songé au nettoyage des fenêtres, au lien entre une malfaçon et les dommages en découlant ou à quoi que ce soit d'autre qui aiderait à établir leurs attentes raisonnables.

[66] En conséquence, j'estime que l'objet sous-jacent des polices d'assurance chantier est crucial pour déterminer les attentes raisonnables des parties en ce qui concerne la signification de la clause d'exclusion. En résumé, ces polices visent à offrir une large garantie pour les projets de construction, qui sont particulièrement vulnérables aux accidents et aux erreurs. Cette large garantie — offerte en échange de primes relativement élevées — confère aux assurés certitude, stabilité et tranquillité

disputes and potential litigation about liability for replacement or repair amongst the various contractors involved. In my view, the purpose of broad coverage in the construction context is furthered by an interpretation of the Exclusion Clause that excludes from coverage only the cost of redoing the faulty work itself — in this case, the cost of recleaning the windows.

[67] “The *raison d’être* of insurance is coverage”: D. Boivin, *Insurance Law* (2nd ed. 2015), at p. 288. The purpose of builders’ risk policies in particular is to offer broad coverage, which benefits both insureds and insurers:

Urbanization and industrialization in the past 100 years have made the concept of an insurance policy covering all conceivable risks advantageous to both insureds and their insurers. The insured benefits from the extensive nature and scope of the coverage, and insurers benefit from the economies of managing and marketing a policy which, in terms of its scope, has certainty. For these reasons, the “all risk policy,” which creates a special type of coverage extending to many risks not customarily covered under other types of insurance policies, is attractive to both the insurance industry and consumers.

(E. A. Dolden, “All Risk and Builders’ Risk Policies: Emerging Trends” (1990-91), 2 *C.I.L.R.* 341, at pp. 341-42)

[68] This Court stated in *Commonwealth Construction Co. v. Imperial Oil Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 317, that the purpose of builders’ risk policies is to provide certainty and stability by granting coverage that reduces the need for private law litigation. The Court also recognized the complexity of industrial life and large-scale construction projects that involve many different individual contractors:

d’esprit. Elle évite que les projets de construction se retrouvent paralysés par des différends ou des actions en justice éventuelles sur la question de savoir qui, parmi les divers entrepreneurs participant aux travaux, est responsable du remplacement ou de la réparation découlant de la malfaçon. À mon avis, une interprétation de la clause d’exclusion qui sous-trait à la garantie uniquement le coût, en soi, de la nouvelle exécution du travail défectueux — en l’occurrence le coût du nouveau nettoyage des fenêtres — favorise la réalisation de l’objectif d’une garantie d’assurance large dans le contexte du droit de la construction.

[67] [TRADUCTION] « La raison d’être de l’assurance est de conférer une protection » (D. Boivin, *Insurance Law* (2<sup>e</sup> éd. 2015), p. 288). L’objectif des polices d’assurance chantier en particulier est d’offrir une large garantie, qui bénéficie tant aux assurés qu’aux assureurs :

[TRADUCTION] L’urbanisation et l’industrialisation des 100 dernières années ont rendu l’idée d’une police d’assurance couvrant tous les risques concevables avantageuse pour les assurés comme pour leurs assureurs. Les assurés bénéficient de la grande étendue de la garantie, et les assureurs, des économies résultant de la gestion et de la commercialisation d’une police qui confère une certitude quant à sa portée. Pour ces raisons, la « police tous risques », qui crée un type de garantie s’étendant à de nombreux risques qui ne sont pas habituellement couverts par d’autres types de police d’assurance, est intéressante tant pour l’industrie des assurances que pour les consommateurs.

(E. A. Dolden, « All Risk and Builders’ Risk Policies : Emerging Trends » (1990-91), 2 *C.I.L.R.* 341, p. 341-342)

[68] Dans *Commonwealth Construction Co. c. Imperial Oil Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 317, notre Cour a indiqué que l’objectif des polices d’assurance chantier est de conférer certitude et stabilité en fournissant une garantie qui réduit le besoin de recourir à la justice, vu la complexité de la vie industrielle et des projets de construction à grande échelle qui font intervenir de nombreux entrepreneurs :

As already noted, the multi-peril policy under consideration is called . . . a course of construction insurance. In England, it is usually called a “Contractors’ all risks insurance” and in the United States, it is referred to as “Builders’ risk policy”. Whatever its label, its function is to provide to the owner the promise that the contractors will have the funds to rebuild in case of loss and to the contractors the protection against the crippling cost of starting afresh in such an event, the whole without resort to litigation in case of negligence by anyone connected with the construction, a risk accepted by the insurers at the outset. This purpose recognizes the importance of keeping to a minimum the difficulties that are bound to be created by the large number of participants in a major construction project, the complexity of which needs no demonstration. It also recognizes the realities of industrial life. [p. 328]

[69] Although such policies are said to insure against all risks, this description is not entirely accurate. As a general rule, insurance offers protection only for fortuitous contingent risk: *Progressive Homes*, at para. 45. Moreover, builders’ risk policies contain various exclusions, meaning indemnity is precluded in many circumstances of fortuitous loss: Dolden, at pp. 342-44.

[70] Despite these qualifiers, builders’ risk construction policies are the norm, if not a requirement, on construction sites in Canada. In purchasing these policies, “contractors believe indemnity will be available in the event of an accident or damage on the construction site arising as a result of a party’s carelessness or negligent acts”, which are *the most common* source of loss on construction sites: Dolden, at pp. 345-46. And, in selling these policies, insurers

are prepared to insure risks relating to problems caused by faulty . . . workmanship, but they are not prepared to insure the quality of . . . the workmanship in a construction project per se. The argument is that the contractor is responsible for doing [its] job right and the insurance company is not there to provide compensation for

Comme je l’ai déjà fait remarquer, la police d’assurance multi-risques en cause est appelée [. . .] une assurance de construction en cours. En Angleterre, ce type d’assurance s’appelle habituellement [TRADUCTION] « une assurance tout risque des entrepreneurs » et aux États-Unis, [TRADUCTION] « une assurance des risques des entrepreneurs en construction ». Quelle que soit son étiquette, son rôle est de fournir au propriétaire la promesse que les entrepreneurs auront les fonds nécessaires pour reconstruire en cas de sinistre et de protéger les entrepreneurs contre le prix désastreux d’un départ à zéro dans une telle éventualité; le tout se fait sans recourir à la justice en cas de négligence de la part d’une personne engagée dans la construction, risque accepté par les assureurs au départ. On reconnaît ainsi l’importance de maintenir au minimum les difficultés qui ne peuvent pas manquer de survenir, vu le grand nombre de participants à un ouvrage important, dont la complexité n’a pas besoin d’être démontrée. Son objet est également en accord avec la réalité de la vie industrielle. [p. 328-329]

[69] Même si l’on soutient que de telles polices protègent contre tous les risques, le terme « tous risques » n’est pas tout à fait exact. En règle générale, l’assurance offre une protection uniquement à l’égard du risque fortuit éventuel (*Progressive Homes*, par. 45). De plus, les polices d’assurance chantier contiennent diverses exclusions. Ainsi, il n’y a pas d’indemnité dans de nombreux cas de perte fortuite (Dolden, p. 342-344).

[70] Malgré les bémols susmentionnés, les polices d’assurance chantier sont la norme, voire l’exigence, sur les chantiers de construction au Canada. En achetant ces polices, [TRADUCTION] « les entrepreneurs s’attendent à être indemnisés en cas d’accident ou de dommages causés sur le chantier de construction à la suite de l’incurie ou de la négligence d’une partie », source de perte *la plus courante* dans les chantiers (Dolden, p. 345-346). Lorsqu’ils vendent ces polices, les assureurs sont quant à eux

[TRADUCTION] disposés à assurer les risques liés aux problèmes imputables à [. . .] une malfaçon, mais pas à assurer la qualité en tant que telle [. . .] du travail effectué sur un chantier. La prémisse est que l’entrepreneur a la responsabilité de bien faire son travail et la compagnie d’assurance n’a pas pour rôle de fournir une indemnité

inadequate performance by a contractor of the very work the contractor agreed to perform.

(Canadian College of Construction Lawyers, report of the Insurance & Surety Committee, “Covered for What?: Faulty Materials and Workmanship Coverage under Canadian Construction Insurance Policies” (2007), 1 *J.C.C.C.L.* 101, at p. 104)

Consequently, an interpretation of the Exclusion Clause that precludes from coverage any and all damage resulting from a contractor’s faulty workmanship merely because the damage results to that part of the project on which the contractor was working would, in my view, undermine the purpose behind builders’ risk policies. It would essentially deprive insureds of the coverage for which they contracted.

[71] In my opinion, therefore, the Insureds’ position on the meaning of the Exclusion Clause better reflects and promotes the purpose of builders’ risk policies. In the words of this Court in *Commonwealth Construction*, it keeps “to a minimum the difficulties . . . created by the large number of participants in a major construction project” and “recognizes the realities of industrial life” (p. 328). Their position finds additional support in some of this Court’s other comments in that case, at pp. 323-24, where it was emphasized that these policies exist to account for the fact that work of different contractors overlaps in a complex construction site and “there is ever present the possibility of damage by one tradesman to the property of another and to the construction as a whole”.

[72] Further support for the Insureds’ position can be found in commentary contending that all-risk coverage under builders’ risk policies was intended to be broad, and the faulty workmanship exclusion narrow. For instance, Maurice G. Audet has discussed the original intent of the exclusion, reviewing the case law as well as annotated insurance policies and manuals: “Part II — Insurance” (2002), 12 *C.L.R.* (3d) 100; and “All Risks — a promise made or a promise broken?” (1983), 50:10

en cas de mauvaise exécution du travail même que l’entrepreneur s’est engagé à faire.

(Collège canadien des avocats en droit de la construction, rapport du Insurance & Surety Committee, « “Covered for What?” : Faulty Materials and Workmanship Coverage under Canadian Construction Insurance Policies » (2007), 1 *J.C.C.C.L.* 101, p. 104)

En conséquence, une interprétation de la clause d’exclusion qui soustrait à la garantie tous les dommages découlant de la malfaçon de l’entrepreneur simplement parce que les dommages sont causés à la partie du projet sur laquelle l’entrepreneur travaillait minerait, à mon avis, l’objet sous-jacent des polices d’assurance chantier. Une telle interprétation priverait pour ainsi dire les assurés de la garantie à laquelle ils ont souscrit.

[71] Je suis donc d’avis que la thèse des assurées sur le sens de la clause d’exclusion traduit et sert mieux l’objet des polices d’assurance chantier. Pour reprendre les mots employés par notre Cour dans *Commonwealth Construction*, une police d’assurance de cette nature permet de maintenir « au minimum les difficultés qui [. . .] surgi[ssent], vu le grand nombre de participants à un ouvrage important » et est « en accord avec la réalité de la vie industrielle » (p. 328-329). Cette thèse est également appuyée par certaines autres observations aux p. 323-324 de cet arrêt, où notre Cour a souligné que ces polices ont été conçues pour tenir compte du fait que le travail de différents entrepreneurs se chevauche dans un chantier complexe et de « la possibilité [omniprésente] qu’un homme de métier cause un dommage, aux biens d’un autre et à la construction dans son ensemble ».

[72] La thèse des assurées est aussi étayée par la doctrine selon laquelle la garantie d’assurance tous risques fournie par les polices d’assurance chantier se veut large, alors que l’exclusion pour malfaçon se veut étroite. À titre d’exemple, Maurice G. Audet a examiné l’objet initial de l’exclusion et, pour ce faire, il a passé en revue la jurisprudence ainsi que les manuels et polices d’assurance annotés (« Part II — Insurance » (2002), 12 *C.L.R.* (3d) 100; « All Risks — a promise made or a promise broken? »

*Canadian Underwriter* 34, at pp. 40-42 and 93-96. He concludes that the faulty workmanship, materials and design exclusion was meant to be narrow, to exclude only the cost of replacing the fault or defect but to provide coverage for damage caused by it.

[73] Other authors have remarked that the trend in the common law jurisprudence interpreting builders' risk policies has been to widen the scope of the above-mentioned exclusion or narrow the ambit of the exception to the exclusion. See e.g. Dolden, at pp. 350 and 358; R. B. Reynolds and S. C. Vogel, *A Guide to Canadian Construction Insurance Law* (2013), at pp. 140 and 150; and P.-S. Poitras, "L'assurance et l'industrie de la construction", in Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 147, *Développements récents en droit des assurances* (2001), 181, at p. 195. I would not go so far as to question the jurisprudence. Consistency of interpretation is important, and these judicial interpretations have undoubtedly shaped parties' reasonable expectations with respect to builders' risk policies and their exclusion clauses. I simply note that the interpretation of the Exclusion Clause advanced by the Insureds in these appeals best reflects the original intent of such exclusion clauses, as compared to the interpretation advanced by the Insurers.

[74] It should be mentioned that the service contract between Station Lands and Bristol has no bearing on the reasonable expectations of the parties to the Policy with respect to the meaning of the Exclusion Clause and whether the damage to the windows would be covered. The Insurers and Ledcor were not parties to that service contract, and it was entered into on June 16, 2011, almost three years after the Policy's effective date of June 27, 2008. At most, the service contract could shed light on Station Lands' understanding of the Policy and the Exclusion Clause, as it was a party to both. Still, the service contract was itself based on a slightly modified standard form contract published by the Canadian Construction Association.

(1983), 50:10 *Canadian Underwriter* 34, p. 40-42 et 93-96). Il conclut que l'exclusion visant la mal-façon, les matériaux défectueux et la conception défailante est censée être étroite, pour n'exclure que le coût de correction de la faute ou du vice mais pour fournir une garantie d'assurance pour les dommages causés par cette faute ou ce vice.

[73] D'autres auteurs ont fait remarquer que la tendance observée dans la jurisprudence de common law sur l'interprétation des polices d'assurance chantier était d'élargir la portée de l'exclusion mentionnée ci-dessus ou de restreindre la portée de l'exception à l'exclusion. Voir p. ex. Dolden, p. 350 et 358; R. B. Reynolds et S. C. Vogel, *A Guide to Canadian Construction Insurance Law* (2013), p. 140 et 150; P.-S. Poitras, « L'assurance et l'industrie de la construction », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 147, *Développements récents en droit des assurances* (2001), 181, p. 195. Je n'irais pas jusqu'à remettre en question la jurisprudence. Il est important de maintenir une interprétation constante, et ces interprétations des tribunaux ont sans aucun doute nourri les attentes raisonnables des parties quant aux polices d'assurance chantier et à leurs clauses d'exclusion. Je tiens simplement à ajouter que l'interprétation donnée à la clause d'exclusion par les assurées en l'espèce traduit mieux l'objet initial de ces clauses que l'interprétation proposée par les assureurs.

[74] Il convient de mentionner que le contrat de service conclu entre Station Lands et Bristol n'a aucune incidence sur les attentes raisonnables des parties à la police en ce qui concerne le sens de la clause d'exclusion et la question de savoir si les dommages causés aux fenêtres seraient couverts. Les assureurs et Ledcor n'étaient pas parties à ce contrat de service signé le 16 juin 2011, soit presque trois ans après la prise d'effet de la police, le 27 juin 2008. Le contrat de service peut tout au plus nous éclairer sur la manière dont Station Lands concevait la police et la clause d'exclusion, puisqu'elle était partie tant au contrat de service qu'à la police. Néanmoins, le contrat de service était lui-même fondé sur un contrat type légèrement modifié publié par l'Association canadienne de la construction.

[75] Despite the service contract's irrelevance to the parties' reasonable expectations, at various points in its reasons the Court of Appeal seemed to use it to bolster its interpretation of the Exclusion Clause. For instance, at para. 35, the court determined it was artificial to draw the dividing line between the "cost of making good faulty workmanship" and "resulting damage" as falling between Bristol's work and the work of other contractors, in part because under the service contract Bristol was responsible for repairing damage it did to the work of other contractors. Further, at para. 49, the court highlighted that an interpretation of "making good faulty workmanship" that included redoing the work *and* fixing the damage directly caused by the work was consistent with the service contract, because, again, the contract required Bristol to repair damage it did to the work of other contractors.

[76] Even if the service contract were relevant to the reasonable expectations of the parties to the Policy, there are two other reasons why the Court of Appeal's reliance on it — to the extent that there was such reliance — was problematic. First, a contractor's or subcontractor's stipulated responsibility under its work contract to repair or pay for certain damage does not necessarily preclude coverage under a builders' risk policy, as recognized by this Court in *Commonwealth Construction*, at p. 330. For instance, insurance policies often have deductible amounts. In fact, clause 5 of the Policy provides that the Insurers' liability is limited to the amount by which the loss or damage exceeds the deductible amount, and clause GC 11.1.6 of the service contract provides that Bristol shall be responsible for deductible amounts under the various insurance policies except where such amounts may be excluded from its responsibility by other terms of the contract, including those adverted to by the Court of Appeal. The stipulation in the service contract could thus serve to confirm responsibility for that deductible amount, even where loss or damage is covered under the Policy. In other words, the contract stipulation does not necessarily suggest the parties expected

[75] Malgré l'absence de pertinence du contrat de service en ce qui a trait aux attentes raisonnables des parties, la Cour d'appel semble y référer à divers endroits dans ses motifs pour appuyer son interprétation de la clause d'exclusion. À titre d'exemple, au par. 35, la cour a conclu qu'il était factice de tracer une ligne de démarcation entre les [TRADUCTION] « frais engagés pour remédier à une malfaçon » et les « dommages en découlant » pour distinguer les travaux accomplis par Bristol des travaux des autres entrepreneurs, étant donné, notamment, que Bristol devait réparer les dommages qu'elle avait causés aux travaux des autres entrepreneurs aux termes du contrat de service. De plus, au par. 49, la cour a souligné qu'une interprétation des mots « remédier à une malfaçon » selon laquelle ils visent la nouvelle exécution du travail *et* la réparation des dommages directement causés par les travaux était compatible avec le contrat de service parce que, là encore, le contrat obligeait Bristol à réparer les dommages qu'elle avait causés aux travaux d'autres entrepreneurs.

[76] Même à supposer que le contrat de service soit pertinent relativement aux attentes raisonnables des parties à la police, il existe deux autres raisons pour lesquelles le choix de la Cour d'appel de s'appuyer sur ce document — dans la mesure où elle s'est effectivement appuyée sur celui-ci — posait problème. Premièrement, la responsabilité de réparer ou de payer certains dommages qui est imposée à l'entrepreneur ou au sous-traitant par son contrat de travail n'a pas nécessairement pour effet d'écartier la protection d'une police d'assurance chantier, comme l'a reconnu notre Cour dans *Commonwealth Construction*, p. 330. À titre d'exemple, les polices d'assurance ont souvent des franchises. En effet, la clause 5 de la police prévoit que la responsabilité des assureurs se limite au montant de la perte ou du dommage qui excède la franchise, et la clause GC 11.1.6 du contrat de service prévoit que Bristol est responsable des franchises prévues dans les diverses polices d'assurance, sauf indication contraire dans le contrat, notamment dans les situations mentionnées par la Cour d'appel. La stipulation du contrat de service pourrait donc servir à confirmer la responsabilité pour la franchise, même lorsque la perte ou les dommages sont couverts par la police.

that Bristol would ultimately bear the entire cost of damages it caused to the work of other contractors.

[77] Second, even if the stipulation did indicate such an expectation, the Court of Appeal’s new physical and systemic connectedness test does not reflect it. Under the court’s new test, and using its language, certain unforeseeable, collateral damage to areas on which Bristol was not working would likely be covered under the resulting damage exception in the Exclusion Clause. Yet Bristol would also be responsible for this damage under the service contract, which makes no such distinction with respect to the foreseeability or remoteness of the damage caused. In effect, there would be dual responsibility for payment, under both the Policy and the service contract, even though, as discussed above, the Court of Appeal stated it would be artificial to draw the dividing line where such dual responsibility would result.

(c) *No Unrealistic Results*

[78] In discussing the interpretation of insurance policies in *Consolidated-Bathurst*, at pp. 901-2, Estey J. stressed the need to avoid interpretations that would bring about unrealistic results or results that the parties would not have contemplated in the commercial atmosphere in which they sold or purchased the policy. The interpretation should respect the intentions of the parties and “their objective in entering into the commercial transaction in the first place”, as well as “promot[e] a sensible commercial result” (p. 901). See also *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423, at para. 62, where this Court restated the importance of commercial reality, albeit in a different context. Interpreting the Exclusion Clause to preclude from coverage only the cost of redoing the faulty work aligns with commercial reality and leads to realistic and sensible results, given both the

Autrement dit, la stipulation ne donne pas nécessairement à penser que les parties s’attendaient à ce que Bristol supporte en fin de compte le coût total des dommages qu’elle a causés aux travaux des autres entrepreneurs.

[77] Deuxièmement, même si la stipulation exprimait effectivement une telle attente, le nouveau critère de connexité matérielle et systémique de la Cour d’appel ne la traduit pas. Pour reprendre les termes de la cour, selon ce nouveau critère, certains dommages imprévisibles et indirects causés à des zones où Bristol ne travaillait pas seraient probablement visés par l’exception relative aux « dommages [. . .] découlant » de la malfaçon qui figure à la clause d’exclusion, mais Bristol serait aussi responsable de ces dommages aux termes du contrat de service, qui ne fait pas de telle distinction sur l’imprévisibilité ou sur le caractère éloigné des dommages causés. En effet, il y aurait une double responsabilité pour le paiement — tant aux termes de la police que du contrat de service — même si, comme nous l’avons vu, la Cour d’appel a affirmé qu’il serait factice de tracer une ligne de démarcation lorsqu’une telle double responsabilité pourrait en découler.

c) *Aucun résultat irréaliste*

[78] Dans son analyse concernant l’interprétation des polices d’assurance aux p. 901-902 de *Consolidated Bathurst*, le juge Estey a insisté sur le besoin d’éviter les interprétations qui pourraient entraîner un résultat irréaliste ou un résultat que les parties n’auraient pas envisagé dans le climat commercial dans lequel elles ont vendu ou contracté la police d’assurance. L’interprétation devrait respecter les intentions des parties et le « but pour lequel elles ont à l’origine conclu une opération commerciale » et « favorise[r] un résultat commercial raisonnable » (p. 901). Voir aussi *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423, par. 62, où notre Cour a réaffirmé l’importance de la réalité commerciale, quoique dans un contexte différent. Interpréter la clause d’exclusion pour soustraire à la garantie seulement le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux correspond à

purpose underlying builders' risk policies and their spreading of risk on construction projects.

[79] As already discussed above, the interpretation advanced by the Insureds in these appeals best fulfills the broad coverage objective underlying builders' risk policies. These policies are commonplace on construction projects, where multiple contractors work side by side and where damage to their work or the project as a whole commonly arises from faults or defects in workmanship, materials or design. In this commercial reality, a broad scope of coverage creates certainty and economies for both insureds and insurers. In my opinion, it is commercially sensible in this context for only the cost of redoing a contractor's faulty work to be excluded under the faulty workmanship exclusion. Such an interpretation strikes the right balance between the two undesirable extremes described by Estey J. in *Consolidated-Bathurst*, at pp. 901-2: "... the courts should be loath to support a construction which would either enable the insurer to pocket the premium without risk or the insured to achieve a recovery which could neither be sensibly sought nor anticipated at the time of the contract". Under the Policy, the Insurers did not undertake to cover the "cost of making good faulty workmanship", but they did promise to cover "physical damage [that] results" from that "faulty workmanship". It can hardly be said that recovery for the damages to the Tower's windows in the circumstances of this case could not have been sensibly sought or anticipated when the Policy was purchased.

[80] Furthermore, such an interpretation does not, in my view, transform the insurance policy into a construction warranty. It does not inappropriately spread risk, nor would it allow or encourage contractors to perform their work improperly or negligently. Importantly, Bristol is precluded from receiving initial payment for its faulty work and

la réalité commerciale et mène à un résultat réaliste et sensé, compte tenu de l'objet qui sous-tend les polices d'assurance chantier et de leur répartition du risque pour les projets de construction.

[79] Comme nous l'avons déjà vu, l'interprétation préconisée par les assurés en l'espèce répond le mieux à l'objectif de garantie d'assurance large qui sous-tend les polices d'assurance chantier. Celles-ci sont monnaie courante dans les projets de construction, où de multiples entrepreneurs travaillent côte à côte et où les dommages causés à leurs travaux ou à l'ensemble du projet découlent généralement d'une malfaçon, de matériaux défectueux ou d'une conception défaillante. Vu cette réalité commerciale, une garantie d'assurance étendue crée une certitude et entraîne des économies tant pour les assurés que pour les assureurs. J'estime que, dans ce contexte, il est sensé sur le plan commercial que seuls soient exclus au titre de l'exclusion relative à la malfaçon les frais engagés pour remédier au travail mal exécuté par l'entrepreneur. Une telle interprétation établit un juste équilibre entre les deux situations extrêmes non souhaitées dont parle le juge Estey dans *Consolidated Bathurst*, p. 901-902 : « ... les cours devraient être réticentes à appuyer une interprétation qui permettrait soit à l'assureur de toucher une prime sans risque soit à l'assuré d'obtenir une indemnité que l'on n'a pas pu raisonnablement rechercher ni escompter au moment du contrat ». Selon la police, les assureurs ne se sont pas engagés à couvrir « les frais engagés pour remédier à une malfaçon », mais ils ont promis de couvrir les « dommages matériels [qui] découl[ent] » de cette « malfaçon ». On peut difficilement dire que, dans la présente affaire, une indemnisation pour les dommages causés aux fenêtres de la Tour n'aurait pas pu raisonnablement être recherchée ou escomptée lors de l'achat de la police.

[80] En outre, pareille interprétation ne transforme pas à mon sens une police d'assurance en une garantie de construction. Elle ne répartit pas le risque de façon inappropriée ni n'encourage les entrepreneurs à mal exécuter leur travail ou à le faire de manière négligente. Fait important, Bristol ne peut recevoir le paiement initial pour son travail

then receiving further additional payment to repair or replace its faulty work. See C. Brown, *Insurance Law in Canada* (loose-leaf), at p. 20-31; and *Privest Properties Ltd. v. Foundation Co. of Canada Ltd.* (1991), 57 B.C.L.R. (2d) 88 (S.C.). The cost of redoing faulty or improper work is excluded from coverage. The cost can be sizeable; in the instant appeals, for example, Bristol's contract price for cleaning the windows was \$45,000.

[81] The Insurers argue that accepting the Insureds' position would tether the application of the resulting damage exception to how the work is divided among various contractors on a project, a result which they say would not make commercial sense. This argument echoes the Court of Appeal's concerns at para. 40 of its reasons:

This approach might create an incentive to artificially divide up the work as finely as possible, as then the maximum amount of damage would be covered by insurance. On the other hand, it would be dangerous for the owner to hire a single contractor to do all the work, as then nothing would be covered.

[82] With respect, I do not find this persuasive. It is premised on a theoretical concern that does not reflect the commercial reality of construction sites on the ground. In my view, it is unreasonable to expect that the owner of a property or the general contractor on a construction site will divide up work exclusively on the basis of potential coverage under their insurance policy. Many other considerations, such as costs, subcontractor expertise and the risk of delay, will likely be more relevant in deciding how to allocate work.

[83] I also note that interpreting the Exclusion Clause as precluding from coverage only the cost of redoing the faulty work breaks no new ground in the world of insurance, as it mirrors the approach courts have adopted when construing similar exclusions to comprehensive general liability insurance policies. These policies cover the risk that the insured's

mal exécuté, puis recevoir un paiement additionnel pour réparer ou remplacer ce travail. Voir C. Brown, *Insurance Law in Canada* (feuilles mobiles), p. 20-31; *Privest Properties Ltd. c. Foundation Co. of Canada Ltd.* (1991), 57 B.C.L.R. (2d) 88 (C.S.). Le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux ou inadéquat n'est pas couvert. Ce coût peut être considérable; dans les présents pourvois, par exemple, le prix du contrat conclu par Bristol pour le nettoyage des fenêtres s'élevait à 45 000 \$.

[81] Les assureurs font valoir que si l'on retient la thèse des assurées, cela limiterait l'application de l'exception relative aux dommages découlant de la malfaçon à la manière dont le travail est réparti entre les divers entrepreneurs participant à un projet, un résultat qui n'aurait selon eux aucun sens sur le plan commercial. Cet argument fait écho aux préoccupations exprimées par la Cour d'appel au par. 40 de ses motifs :

[TRADUCTION] Cette interprétation pourrait inciter à diviser artificiellement au maximum le travail, pour que le montant maximal de dommages soit couvert par l'assurance. En revanche, il serait dangereux pour le propriétaire d'engager un seul entrepreneur pour effectuer tout le travail, parce que rien ne serait alors couvert.

[82] Avec égards, je ne trouve pas cet argument convaincant. Il a pour prémisse une préoccupation théorique qui ne correspond pas à la réalité commerciale des chantiers de construction. À mon avis, il est déraisonnable de s'attendre à ce que le propriétaire d'un bien ou l'entrepreneur général sur un chantier divisent le travail exclusivement en fonction de la garantie d'assurance éventuelle de leur police d'assurance. Bien d'autres considérations, comme les frais, l'expertise des sous-traitants et le risque de retard, sont probablement plus pertinentes pour décider de la répartition du travail.

[83] Je signale également que considérer la clause d'exclusion comme soustrayant à la garantie d'assurance uniquement le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux n'a rien de nouveau dans le monde des assurances, puisque cela reflète l'interprétation retenue par les tribunaux à l'égard d'exclusions similaires dans des polices complètes

work might cause bodily injury or property damage. However, they generally contain a “work product” or “business risk” exception, which excludes from coverage the cost of redoing the insured’s work: “Covered for What?”, at p. 122.

(d) *Ensuring Consistent Interpretation*

[84] The purpose of builders’ risk policies and the need to prevent unrealistic results point to an interpretation of the Exclusion Clause that would exclude from coverage only the cost of redoing the cleaning work. Such an interpretation of the Exclusion Clause is also consistent with case law. Though the Court of Appeal stated, at para. 46 of its reasons, that “numerous cases . . . hold that the exclusion is not limited to the cost of re-doing the faulty work, but also extends to the cost of repairing the thing actually being worked on”, with respect, I am of the view that many of these faulty workmanship and faulty design decisions can be read as limiting the faulty workmanship exclusion to only the cost of redoing the faulty work. As these cases are highly fact-specific, the results that courts reach will be largely dictated by the particular circumstances of each case. More specifically, whether certain damage falls within the resulting damage exception to the faulty workmanship exclusion will greatly depend on the scope of the contractual obligation pursuant to which the faulty workmanship was carried out.

[85] In the appeals before us, Bristol’s obligation under its service contract with Station Lands was limited to cleaning the Tower’s windows after they had been properly installed. Redoing Bristol’s faulty work did not require Bristol to install windows in good condition. As such, the cost of the windows’ replacement represents “resulting damage” and is covered under the Policy. Conversely, if Bristol had been responsible for the windows’ installation, and the windows had been damaged in the course of the installation process, the damage done to the windows

d’assurance responsabilité civile générale. Ces polices couvrent le risque que le travail de l’assuré cause des lésions corporelles ou endommagement des biens. Toutefois, elles contiennent généralement une exception liée au [TRADUCTION] « fruit du travail » ou au « risque commercial », qui soustrait à la garantie d’assurance les frais engagés par l’assuré pour refaire son travail (« Covered for What? », p. 122).

d) *Assurer une interprétation constante*

[84] L’objectif des polices d’assurance chantier et la nécessité d’éviter les résultats irréalistes mènent à une interprétation de la clause d’exclusion qui soustrairait à la garantie uniquement le coût du nouveau nettoyage. Une telle interprétation de la clause d’exclusion est aussi conforme à la jurisprudence. Bien que la Cour d’appel ait dit, au par. 46 de ses motifs, qu’il [TRADUCTION] « a été jugé dans de nombreuses décisions que l’exclusion ne se limite pas au coût de la nouvelle exécution du travail défectueux et s’étend aussi au coût de la réparation de l’ouvrage en cours d’exécution », à mon humble avis, un grand nombre de ces décisions en matière de malfaçon et de conception défectueuse peuvent être interprétées comme limitant l’exclusion relative à la malfaçon au coût de la nouvelle exécution du travail défectueux. Comme ces décisions se fondent en grande partie sur les faits en cause, le résultat auquel parviendront les tribunaux sera largement dicté par les circonstances de chaque affaire. Plus précisément, la question de savoir si certains dommages relèvent de l’exception relative aux dommages découlant de la malfaçon dépendra fortement de la portée de l’obligation contractuelle dont l’acquiescement a débouché sur la malfaçon.

[85] Dans les pourvois dont nous sommes saisis, l’obligation imposée à Bristol par le contrat de service qu’elle a conclu avec Station Lands ne consistait qu’à nettoyer les fenêtres de la Tour après que celles-ci eurent été correctement installées. La nouvelle exécution du travail défectueux de Bristol n’obligeait pas cette dernière à installer des fenêtres en bon état. En conséquence, le coût du remplacement des fenêtres représente un « dommage [. . .] découlant » de la malfaçon qui est couvert par la police. À l’inverse, si Bristol avait été responsable

in such circumstances would not have constituted “resulting damage”. Indeed, redoing the faulty work would have required installing windows in good condition, as per Bristol’s (hypothetical) contractual obligation.

[86] I will now review some of the faulty workmanship cases cited by the Court of Appeal to illustrate how an interpretation that limits the scope of the faulty workmanship exclusion to the cost of redoing the faulty work is consistent with the jurisprudence.

[87] In *Sayers & Associates Ltd. v. Insurance Corp. of Ireland Ltd.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 681 (Ont. C.A.), an electrical subcontractor was to install two bus ducts in connection with the construction of an office building in Toronto. Because of the subcontractor’s failure to take adequate protective measures, which constituted faulty workmanship, rain water that had come into contact with concrete penetrated the ducts, which in turn caused a malfunction. The subcontractor argued that the damage to the equipment by water was “damage resulting from . . . faulty . . . workmanship” so as to come within the exception to the exclusion. The Ontario Court of Appeal disagreed, writing as follows, at pp. 684-85:

In the present case the “fault” that underlay the “faulty workmanship” was the failure of the appellant to take protective measures; but by the terms of its contract its “work” was to install the electrical equipment and to keep it dry and clean until the contract was completed. It would be taking too narrow a view of the case to isolate one part of the work from the total contractual obligation. The damage to the equipment was the product of the failure to take protective measures, and so that fault rendered the appellant’s performance of its contractual obligations “faulty workmanship”. The damage to the ducts and the switching gear was not, therefore, “damage resulting from such faulty . . . workmanship . . .”, so as to come within the exception to the exclusion. [Emphasis added.]

de l’installation des fenêtres, et que celles-ci avaient été endommagées lors de leur installation, les dommages causés aux fenêtres dans de telles circonstances n’auraient pas constitué des « dommages [. . .] découlant » de la malfaçon. En fait, la nouvelle exécution du travail défectueux aurait nécessité l’installation de fenêtres en bon état conformément à l’obligation contractuelle (hypothétique) de Bristol.

[86] J’examinerai maintenant certaines des décisions en matière de malfaçon citées par la Cour d’appel pour illustrer comment une interprétation qui limite l’exclusion pour malfaçon au coût de la nouvelle exécution du travail défectueux est conforme à la jurisprudence.

[87] Dans *Sayers & Associates Ltd. c. Insurance Corp. of Ireland Ltd.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 681 (C.A. Ont.), un sous-traitant électricien devait installer deux barres sous gaine lors de la construction d’un immeuble à bureaux situé à Toronto. Comme le sous-traitant n’avait pas pris de mesures de protection adéquates, ce qui constituait une malfaçon, de l’eau de pluie qui est entrée en contact avec le béton a pénétré dans les barres, ce qui a causé un mauvais fonctionnement du système. Le sous-traitant a fait valoir que les dommages causés au matériel par l’eau étaient des [TRADUCTION] « dommages découlant d’une malfaçon » et relevaient par le fait même de l’exception à l’exclusion. La Cour d’appel de l’Ontario ne partageait pas cet avis et elle s’est exprimée ainsi aux p. 684-685 :

[TRADUCTION] En l’espèce, la « faute » qui sous-tend la « malfaçon » était l’omission de la part de l’appelante de prendre des mesures de protection; or, il était stipulé dans son contrat que son « travail » consistait à installer du matériel électrique et à le garder sec et propre jusqu’à la fin du contrat. On interpréterait trop étroitement le contrat si on isolait une partie du travail de l’ensemble de l’obligation contractuelle. Les dommages causés au matériel résultaient de l’absence de mesures de protection et, de ce fait, l’exécution par l’appelante de ses obligations contractuelles constituait une « malfaçon ». Les dommages causés aux conduites et aux appareils de commutation électrique ne constituaient donc pas des « dommages découlant de cette malfaçon » visés par l’exception à l’exclusion. [Je souligne.]

The court's statement is clear: since the subcontractor was contractually required to install the electrical equipment and keep it dry, and its failure to take adequate protective measures resulted in it failing to comply with said contractual obligations, the damage to the equipment could not be considered resulting damage.

[88] In *Ontario Hydro v. Royal Insurance*, [1981] O.J. No. 215 (QL) (H.C.J.), a contractor was responsible for designing a boiler system, acquiring the material and supervising the commissioning of the boiler. After installation, as part of the testing of the boiler system, an acid wash of the superheater and reheater was carried out. But the acid wash was done improperly, ruining the reheater and resulting in extensive cracking of the tubing in the boilers. The contractor argued that the faulty workmanship exclusion served to exclude from coverage only the cost of redoing the wash, and not the cost of replacing the tubing, which it said constituted "resultant damage". The court disagreed, holding that the "cost of making good the improper workmanship is the cost of replacing the tubing which was the object of [the] procedure": para. 37. In my view, the court reached this conclusion because replacing the tubing was necessary for the contractor to fulfill its contractual obligation to design the boiler system, to acquire the material and to supervise the commissioning of the boiler. Thus, the cost of redoing the work encompassed the cost of replacing the tubing.

[89] In *Bird Construction Co. v. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104 (Sask. C.A.), the collapse of a truss, caused by the subcontractor's faulty workmanship in failing to properly erect it, resulted in the subcontractor failing to comply with its contractual obligation to fabricate and erect a truss in good condition. The cost of repairing the truss formed part of the cost of redoing the work, and thus did not fall within the resulting damage exception. The same reading can also be made of *Greene v. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151 (Nfld. C.A.).

L'énoncé de la cour est clair : comme le sous-traitant était contractuellement tenu d'installer le matériel électrique et de le garder au sec, et que son omission de prendre des mesures de protection adéquates constituait un non-respect de ces obligations contractuelles, les dommages causés au matériel ne pouvaient pas être considérés comme des dommages découlant de la malfaçon.

[88] Dans *Ontario Hydro c. Royal Insurance*, [1981] O.J. No. 215 (QL) (H.C.J.), un entrepreneur avait la responsabilité de concevoir un système de chaudières, d'acheter le matériel et de superviser le démarrage du système. Lors des essais qui ont suivi l'installation, il a procédé au lavage à l'acide du surchauffeur et du resurchauffeur, mais ce lavage a été mal effectué et a endommagé le resurchauffeur, ce qui a entraîné une fissuration importante de la tuyauterie des chaudières. L'entrepreneur a fait valoir que l'exclusion relative à la malfaçon servait à soustraire à la garantie uniquement le coût d'un nouveau lavage, et non le coût de remplacement de la tuyauterie qui, à ses dires, constituait des « dommages [. . .] découlant » de la malfaçon. La cour n'était pas du même avis, jugeant que les [TRADUCTION] « frais engagés pour remédier au travail mal exécuté sont le coût de remplacement de la tuyauterie touchée par la procédure » (par. 37). À mon avis, la cour est parvenue à cette conclusion parce que le remplacement de la tuyauterie était nécessaire pour que l'entrepreneur remplisse son obligation contractuelle de concevoir le système de chaudières, d'acheter le matériel et de superviser le démarrage du système. En conséquence, le coût de la nouvelle exécution du travail comprenait le coût de remplacement de la tuyauterie.

[89] Dans *Bird Construction Co. c. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104 (C.A. Sask.), vu l'effondrement d'une ferme imputable à sa mauvaise installation par le sous-traitant, ce dernier n'a pas respecté son obligation contractuelle de fabriquer et d'installer une ferme en bon état. Le coût de réparation de la ferme faisait partie du coût de la nouvelle exécution du travail et ne relevait donc pas de l'exception relative aux dommages découlant de la malfaçon. L'arrêt *Greene c. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151 (C.A. T.-N.), va dans le même sens.

[90] Though this interpretation of the resulting damage exception to the faulty workmanship exclusion may, at first glance, seem to run contrary to the interpretation generally given to it by courts in faulty design cases, it is actually consistent with those cases.

[91] It is true that, in faulty design cases, courts generally interpret the resulting damage exception as encompassing damage done to something other than the property which is faultily designed. Such language may thus appear to be more closely in line with the physical or systemic connectedness test established by the Court of Appeal, as exclusion from coverage may appear to depend on whether the damage has been done to the very thing being worked on or to something else. Only in the latter case would the loss qualify as “resulting damage”. For instance, in *British Columbia v. Royal Insurance Co. of Canada* (1991), 7 B.C.A.C. 172, the British Columbia Court of Appeal wrote that “[d]amage for faulty or improper design encompasses all the damage to the very thing that was designed faultily or improperly. Resultant damage is damage to some part of the insured property other than the part of the property that was faultily designed”: para. 11; see also *Algonquin Power (Long Sault) Partnership v. Chubb Insurance Co. of Canada* (2003), 50 C.C.L.I. (3d) 107 (Ont. S.C.J.), at para. 204.

[92] These decisions, however, are not inconsistent with holding that the faulty workmanship exclusion precludes from coverage only the cost of redoing the faulty work. Indeed, in faulty design cases, a contractor is obligated to design a given item, with the design being integral to the whole of that item. Thus, the cost of repairing the damages caused to that item will be included within the cost of redoing the faulty work, and the resulting damage exception will necessarily apply to damages caused to items other than the item being designed. As held in *Simcoe & Erie General Insurance Co.*

[90] Bien que cette interprétation de l’exception à l’exclusion fondée sur la malfaçon qui touche les dommages en découlant puisse, de prime abord, sembler contraire à l’interprétation généralement retenue par les tribunaux dans les affaires de vice de conception, elle est en fait conforme aux conclusions tirées dans ces décisions.

[91] Il est vrai que, dans les affaires de vice de conception, les tribunaux considèrent généralement que l’exception relative aux dommages découlant de la malfaçon englobe les dommages causés à un autre bien que celui entaché d’un vice de conception, ce qui peut donc sembler cadrer davantage avec le critère de connexité matérielle ou systémique établi par la Cour d’appel. En effet, l’exclusion de la garantie d’assurance peut paraître tributaire de la question de savoir si les dommages ont été causés à l’ouvrage même sur lequel on travaillait ou à un autre. Ce n’est que dans la deuxième situation que la perte constitue un « dommage [. . .] découlant » de la malfaçon. À titre d’exemple, dans *British Columbia c. Royal Insurance Co. of Canada* (1991), 7 B.C.A.C. 172, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a écrit que [TRADUCTION] « [l]es dommages attribuables à une conception défective ou inadéquate comprennent tous les dommages causés à l’élément même entaché du vice de conception. Les dommages en découlant sont les dommages causés à une autre partie du bien assuré que la partie du bien dont la conception était défective » (par. 11; voir aussi *Algonquin Power (Long Sault) Partnership c. Chubb Insurance Co. of Canada* (2003), 50 C.C.L.I. (3d) 107 (C.S.J. Ont.), par. 204).

[92] Ces décisions ne sont toutefois pas incompatibles avec la conclusion selon laquelle l’exclusion relative à la malfaçon ne soustrait à la garantie que le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux. En fait, dans les cas de vice de conception, l’entrepreneur est tenu de concevoir un article donné et la conception fait partie intégrante de l’ensemble de cet article. Ainsi, le coût de réparation de l’article endommagé sera inclus dans le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux, et l’exception relative aux dommages en découlant s’appliquera nécessairement aux dommages causés aux autres

v. *Royal Insurance Co. of Canada* (1982), 36 A.R. 553 (Q.B.), at para. 34:

. . . the total contractual obligation of [the engineer] was to design and supervise the construction of a bridge required by the [city]. The damage to the structure that [the engineer] first designed was the product of its failure to properly design a bridge, which in turn prevented it from properly performing its contractual obligations. It follows therefore that the contract was not performed until a stable bridge was constructed. [Emphasis added.]

[93] In any event, I disagree with the Insurers' contention that the case law systematically supports one interpretation of the faulty workmanship exclusion. Though the jurisprudence addressing the resultant damage exception has generally interpreted it narrowly (S. C. Vogel, "Recent Developments in Construction Insurance Law", in *Review of Construction Law: Recent Developments* (2012), 169, at p. 184), courts have not always been consistent in construing the exception, and parties cannot therefore adequately predict what sort of damage will or will not be caught by the exclusion: L. Ricchetti and T. J. Murphy, *Construction Law in Canada* (2010); "Covered for What?", at p. 106; and Poitras, at p. 195. Even the Court of Appeal acknowledged the inconsistency in the jurisprudence at para. 47 of its reasons, citing as an example *Foundation Co. of Canada v. Aetna Casualty Co. of Canada*, [1976] I.L.R. ¶ 1-757 (Alta. S.C.).

[94] Additionally, in *Commercial union cie d'assurance du Canada v. Pentagon Construction Canada Inc.*, [1989] R.J.Q. 1399 (C.A.), the Quebec Court of Appeal broadened the resultant damage exception and, thus, narrowed the faulty workmanship exclusion, commenting that damage to the thing that the faulty contractor is responsible for building is covered. Though these comments were made in *obiter*, as the court had already concluded that

biens que celui en cours de conception. Comme il a été décidé dans *Simcoe & Erie General Insurance Co. c. Royal Insurance Co. of Canada* (1982), 36 A.R. 553 (B.R.), par. 34 :

[TRADUCTION] . . . l'intégralité de l'obligation contractuelle de [l'ingénieur] consistait à concevoir un pont commandé par la [ville] et à en superviser la construction. Les dommages causés à la structure conçue au départ par [l'ingénieur] étaient attribuables à son omission de bien concevoir le pont, dommages qui ont à leur tour empêché l'entreprise de s'acquitter comme il se doit de ses obligations contractuelles. En conséquence, le contrat n'a pas été exécuté tant qu'un pont stable n'a pas été érigé. [Je souligne.]

[93] Quoi qu'il en soit, je ne suis pas d'accord avec l'affirmation des assureurs selon laquelle la jurisprudence appuie systématiquement une seule interprétation de l'exclusion relative à la malfaçon. Bien que, dans la plupart des précédents portant sur l'exception relative aux dommages découlant d'une malfaçon, les tribunaux aient interprété cette exception de façon étroite (S. C. Vogel, « Recent Developments in Construction Insurance Law », dans *Review of Construction Law : Recent Developments* (2012), 169, p. 184), ils n'ont pas toujours interprété l'exception de la même manière, et les parties ne peuvent pas en conséquence prédire adéquatement les dommages qui relèveront ou non de l'exclusion (L. Ricchetti et T. J. Murphy, *Construction Law in Canada* (2010); « Covered for What? », p. 106; Poitras, p. 195). Même la Cour d'appel a reconnu le manque de constance de la jurisprudence au par. 47 de ses motifs, citant à titre d'exemple *Foundation Co. of Canada c. Aetna Casualty Co. of Canada*, [1976] I.L.R. ¶ 1-757 (C.S. Alb.).

[94] De plus, dans *Commercial union cie d'assurance du Canada c. Pentagon Construction Canada Inc.*, [1989] R.J.Q. 1399 (C.A.), la Cour d'appel du Québec a étendu l'exception relative aux dommages découlant d'une malfaçon et restreint de ce fait l'exclusion fondée sur la malfaçon, en faisant observer que les dommages causés à l'élément que l'entrepreneur fautif doit construire sont couverts. Même s'il s'agissait d'une remarque incidente, puisque la

the workmanship at issue was not faulty, they help demonstrate that the case law on the interpretation of the faulty workmanship exclusion and resulting damage exception is not unanimous.

(e) *Conclusion on the Interpretation of the Exclusion Clause*

[95] As outlined above, the language of the Exclusion Clause, read in light of the Policy as a whole, does not provide a clear answer to the question raised before us. That said, the parties' reasonable expectations, informed largely by the purpose of builders' risk policies, point to the faulty workmanship exclusion serving to exclude from coverage only the cost of redoing the faulty work. This interpretation aligns with commercial realities and is consistent with prior jurisprudence. In the circumstances of this case, the cost of redoing the faulty work is the cost of recleaning the windows — both parties agree that the recleaning falls under the Policy's "cost of making good faulty workmanship" exclusion. The Insureds, however, have met their onus of demonstrating that the cost of replacing the damaged windows is covered under the "resulting damage" exception to that exclusion.

[96] In any event, even if I were to determine that the general rules of contractual interpretation do not clarify the ambiguous Exclusion Clause, I would reach the same conclusion on the basis of the *contra proferentem* rule.

VI. Disposition

[97] I would allow the appeals with costs throughout.

cour avait déjà conclu que les travaux exécutés dans cette affaire ne constituaient pas une malfaçon, ces propos contribuent à démontrer que la jurisprudence sur l'interprétation de l'exclusion relative à la malfaçon ainsi que de l'exception des dommages en découlant n'est pas unanime.

e) *Conclusion sur l'interprétation de la clause d'exclusion*

[95] Comme je l'ai expliqué plus tôt, le libellé de la clause d'exclusion, lu à la lumière de l'ensemble de la police, ne fournit pas de réponse claire à la question qui nous a été soumise. Cela dit, les attentes raisonnables des parties, lesquelles reposent en grande partie sur l'objectif des polices d'assurance chantier, donnent à penser que l'exclusion fondée sur la malfaçon sert à soustraire à la garantie d'assurance uniquement le coût de la nouvelle exécution du travail déficient. Cette interprétation s'accorde avec la réalité commerciale en plus d'être compatible avec la jurisprudence. Dans les circonstances de l'espèce, le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux est le coût d'un nouveau nettoyage des fenêtres. Toutes les parties s'entendent pour dire que le nouveau nettoyage relève de l'exclusion de la police relative aux « frais engagés pour remédier à une malfaçon ». Les assurées se sont toutefois acquittées de leur fardeau de démontrer que le coût du remplacement des fenêtres endommagées est couvert par l'exception à l'exclusion pour les « dommages [. . .] découlant » de la malfaçon.

[96] Quoi qu'il en soit, même si je devais décider que l'application des règles générales d'interprétation contractuelle ne dissipe pas l'ambiguïté sur le sens de la clause d'exclusion, je parviendrais à la même conclusion en raison de la règle *contra proferentem*.

VI. Dispositif

[97] Je suis d'avis d'accueillir les pourvois avec dépens devant toutes les cours.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

CROMWELL J. —

LE JUGE CROMWELL —

## I. Introduction

## I. Introduction

[98] I agree with the disposition of these appeals proposed by my colleague, Justice Wagner, in his carefully crafted and comprehensive reasons. However, I respectfully do not agree with him on two points: the applicable standard of appellate review and whether the contractual clause that we must interpret is ambiguous. As I will explain, our very recent decision in *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, decides that the standard of review here is palpable and overriding error, not correctness, and in my opinion the trial judge did not err in finding that the clause is ambiguous. Like my colleague, I would therefore allow the appeals with costs.

[98] Je souscris au dispositif proposé par mon collègue le juge Wagner dans ses motifs détaillés et rédigés avec soin. Je suis toutefois en désaccord avec lui sur deux points : la norme de contrôle applicable en appel et la question de l’ambiguïté de la clause contractuelle que nous devons interpréter. Comme je l’expliquerai, la norme de contrôle applicable en l’espèce est celle de l’erreur manifeste et dominante, et non celle de la décision correcte, selon notre arrêt très récent *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, et le juge de première instance n’a, à mon avis, pas commis d’erreur en concluant que la clause est ambiguë. À l’instar de mon collègue, je suis donc d’avis d’accueillir les pourvois avec dépens.

[99] The merits of the appeals turn on a straightforward question. When window cleaners destroy the windows they are supposed to clean, does the cost of replacing the windows fall within the expression the “cost of making good faulty workmanship”, in which case it is excluded from coverage provided by the insurance policy we must interpret in this case, or does that cost fall within the expression “physical damage . . . resulting” from the faulty workmanship, in which case it is covered by the policy?

[99] Le fond des pourvois se résume à une question simple. Quand un laveur de vitres endommage les fenêtres qu’il est censé nettoyer, le coût de remplacement des fenêtres est-il visé par l’expression [TRADUCTION] « frais engagés pour remédier à une malfaçon », auquel cas il est exclu de la couverture offerte par la police d’assurance que nous devons interpréter en l’espèce, ou par l’expression « dommages matériels [. . .] découlant » de la malfaçon, auquel cas il est couvert par la police?

## II. The Standard of Review

## II. La norme de contrôle

### A. *Sattva Brought Appellate Review in Contract Cases Within the Court’s General Framework for Appellate Review in Civil Cases*

### A. *Dans son arrêt Sattva, la Cour a intégré le contrôle en appel dans les affaires contractuelles à son cadre général de contrôle en appel en matière civile*

#### (1) The Standard of Review in Civil Appeals Turns on the Nature of the Question Under Review

#### (1) La norme de contrôle applicable dans les appels civils dépend de la nature de la question à l’examen

[100] The standard of review aspect of the Court’s judgment in *Sattva* must be understood in the context of the Court’s broader jurisprudence on standard

[100] L’aspect du jugement rendu par notre Cour dans *Sattva* qui a trait à la norme de contrôle doit être replacé dans le contexte plus large de sa

of review in civil appeals. At least since *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, the standard of appellate review has turned on the nature of the question being reviewed. Questions of law are reviewed for correctness and questions of fact for palpable and overriding error. *Housen* also holds that applying a legal standard to the facts is a mixed question of law and fact and is generally reviewable on appeal for palpable and overriding error: paras. 26-37. So, in a negligence case such as *Housen*, that is the standard that generally governs appellate review of the trial court's application of the legal standard of negligence to the evidence.

[101] I say “generally” because *Housen* recognized that this would not always be so. In some cases, the trial court's application of a legal standard to the facts will attract correctness review on appeal. This will be the case when the basis for a finding under review can be traced to a pure legal error, such as a wrong characterization of the legal standard or the failure to consider a required element of the applicable standard. In cases of this sort, the reviewing court can “extricate” a purely legal question from the trial court's analysis and having done so, apply to that purely legal question the correctness standard of appellate review: paras. 31-33. These sorts of cases are fairly rare, however. As *Housen* cautioned, it is often difficult to extricate the legal questions from the factual and therefore appellate courts should not be quick to find extricable legal errors in the trial court's application of a legal standard to the facts: para. 36.

(2) *Sattva* Brought Contract Appeals Within This Framework

[102] I review these basic points of *Housen* because, as I see it, the Court's decision in *Sattva*

jurisprudence sur les normes de contrôle en matière d'appels civils. Depuis au moins l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, la norme de contrôle applicable en appel dépend de la nature de la question examinée. Les questions de droit sont examinées selon la norme de la décision correcte tandis que les questions de fait le sont en fonction de la norme de l'erreur manifeste et dominante. Il a aussi été jugé dans *Housen* que l'application d'une norme juridique à des faits constitue une question mixte de droit et de fait, qui est généralement susceptible de révision en appel selon la norme de l'erreur manifeste et dominante (par. 26-37). Ainsi, dans une affaire de négligence comme *Housen*, c'est cette norme qui régit généralement le contrôle en appel de l'application, par le tribunal de première instance, de la norme juridique de négligence à la preuve.

[101] Je dis « généralement » parce que la Cour a reconnu dans *Housen* que ce ne serait pas toujours le cas. Il arrive parfois que l'application par le tribunal de première instance d'une norme juridique aux faits commande un contrôle en appel selon la norme de la décision correcte. C'est le cas lorsque le fondement de la conclusion contrôlée est imputable à une pure erreur de droit, telle une mauvaise qualification de la norme juridique ou omission d'examiner un élément essentiel de la norme applicable. Dans les affaires de ce genre, la cour siégeant en révision peut « dégager » une pure question de droit de l'analyse du tribunal de première instance, puis appliquer à cette question la norme de la décision correcte applicable lors d'un contrôle en appel (par. 31-33). Les affaires de cette nature sont toutefois assez rares. Selon la mise en garde formulée dans *Housen*, les cours d'appel ne devraient pas conclure trop rapidement que le tribunal de première instance a commis des erreurs de droit isolables en appliquant une norme juridique aux faits, car il est souvent difficile de départager les questions de droit des questions de fait (par. 36).

(2) Dans *Sattva*, la Cour a intégré les appels en matière contractuelle à ce cadre

[102] J'examine ces aspects fondamentaux de *Housen* parce que, à mon sens, notre Cour a inscrit

brought appellate review in contract cases within this general standard of review framework. To put it in *Housen*'s terms, applying the text of a contract to a particular fact situation involves applying the legal standard set by the contract to the facts of the situation at hand. This interpretative process, therefore, generally gives rise to a mixed question of law and fact and should be reviewable on appeal for palpable and overriding error.

[103] *Sattva* explained that this was an appropriate development for two related reasons. First, contractual interpretation is not simply a question of ascribing an abstract legal meaning to the words, but rather of understanding those words in their full context. Second, this process of interpretation should generally be considered to be the application of a legal standard to the facts; in other words, contractual interpretation is generally a mixed question of law and fact which, under the Court's standard of review jurisprudence, is generally reviewed for palpable and overriding error. Both of these related reasons, as we shall see, apply to interpreting all types of contracts.

[104] Consider the first reason. Contract interpretation cannot be understood as a process of determining the "legal" and immutable meaning of the text. "[W]ords alone do not have an immutable or absolute meaning" and therefore contractual interpretation does not often turn on ascribing immutable legal meanings to the contractual words: *Sattva*, at para. 47. Rather, the meaning of words often turns on context, such as the purpose of the agreement and the nature of the relationship between the parties: para. 48. Taking those sorts of contextual considerations into account — sometimes called the surrounding circumstances or the factual matrix — requires the court to understand the text of the agreement in light of them, not simply to ascribe purely legal meanings to the words taken in isolation. Thus, just as the Court in *Housen* cautioned against too readily finding that applying a legal standard to the facts gives rise to a purely legal question, the Court

dans *Sattva* le contrôle en appel dans les affaires contractuelles à l'intérieur de ce cadre général de contrôle. Pour reprendre les termes de *Housen*, l'application du texte d'un contrat à une situation factuelle particulière suppose l'application de la norme juridique établie par le contrat aux faits de la situation en cause. Par conséquent, cet exercice d'interprétation soulève généralement une question mixte de droit et de fait qui devrait être contrôlée en appel selon la norme de l'erreur manifeste et dominante.

[103] D'après *Sattva*, il s'agissait d'une évolution opportune pour deux raisons connexes. Premièrement, l'interprétation contractuelle ne consiste pas simplement à attribuer un sens juridique abstrait aux mots utilisés, mais plutôt à saisir ces mots dans leur contexte global. Deuxièmement, cet exercice d'interprétation devrait généralement être considéré comme l'application d'une norme juridique aux faits; autrement dit, l'interprétation contractuelle constitue généralement une question mixte de droit et de fait qui, selon la jurisprudence de la Cour en matière de normes de contrôle, est généralement susceptible de révision selon la norme de l'erreur manifeste et dominante. Comme nous le verrons, ces deux raisons connexes valent pour l'interprétation de tous les types de contrat.

[104] Examinons la première raison. L'interprétation contractuelle ne peut être considérée comme la détermination du sens « juridique » et immuable du texte. Comme « les mots en soi n'ont pas un sens immuable ou absolu », l'interprétation contractuelle consiste rarement à attribuer un sens juridique immuable aux mots employés dans le contrat (*Sattva*, par. 47). Le sens des mots est plutôt souvent fonction du contexte, comme l'objet de l'entente et la nature de la relation entre les parties (par. 48). La prise en compte de pareilles considérations contextuelles — parfois appelées les circonstances ou le fondement factuel — exige que la cour comprenne, à la lumière de ces considérations, le texte de l'entente, et non qu'elle se contente d'attribuer des significations purement juridiques aux mots pris isolément. Par conséquent, tout comme la Cour a indiqué dans *Housen* qu'il faut s'abstenir de conclure trop rapidement que l'application d'une norme juridique aux

in *Sattva* cautioned that interpretation does not often give rise to a pure question of law. Interpretation is rarely a matter of ascribing some immutable legal meaning to the text considered apart from the surrounding circumstances.

[105] A number of appellate courts and my colleague Wagner J. are of the view that this first rationale underlying *Sattva* does not apply to cases interpreting standard form contracts: *Vallieres v. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28, at paras. 11-13; *Precision Plating Ltd. v. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281, at paras. 28-30; *Stewart Estate v. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1, at para. 273, per McDonald J.A.; *MacDonald v. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663, at paras. 40-41; *Monk v. Farmers' Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710, at paras. 22-24; *True Construction Ltd. v. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173, at para. 34 (CanLII); and *Sankar v. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242, at para. 26 (CanLII). I respectfully disagree.

[106] I accept, of course, that standard form contracts generally do not have relevant surrounding circumstances relating to their negotiation because there was in no real sense any negotiation of their terms. However, standard form contracts, like all contracts, have many other surrounding circumstances: they have a purpose, they create a relationship of a particular nature and they frequently operate within a particular market or industry. These factors are all part of the context — of the surrounding circumstances — that must be taken into account in interpreting the text of the contract. As Lord Wilberforce put it in a passage cited with approval in *Sattva*, “In a commercial contract it is certainly right that the court should know the commercial purpose of the contract and this in turn presupposes knowledge of the genesis of the transaction, the background, the context, the market in which the parties are operating”: *Reardon Smith Line Ltd. v. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570 (H.L.), at p. 574, quoted in *Sattva*, at para. 47. This point is further developed in a short passage from *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West*

faits pose une pure question de droit, elle a précisé dans *Sattva* que l'interprétation ne pose pas souvent une pure question de droit. L'interprétation consiste rarement à attribuer un quelconque sens juridique immuable au texte pris sans égard aux circonstances.

[105] Mon collègue le juge Wagner ainsi que plusieurs cours d'appel estiment que ce premier raisonnement qui sous-tend *Sattva* ne s'applique pas aux affaires où l'on interprète des contrats types (*Vallieres c. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28, par. 11-13; *Precision Plating Ltd. c. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281, par. 28-30; *Stewart Estate c. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1, par. 273, le juge McDonald; *MacDonald c. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663, par. 40-41; *Monk c. Farmers' Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710, par. 22-24; *True Construction Ltd. c. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173, par. 34 (CanLII); *Sankar c. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242, par. 26 (CanLII)). Avec égards, je ne suis pas d'accord.

[106] J'accepte bien sûr qu'il n'existe généralement pas, dans le cas des contrats types, de circonstances pertinentes quant à leur négociation puisque leurs conditions n'ont pas été véritablement négociées. Cependant, à l'instar de tous les autres contrats, les contrats types s'inscrivent dans un contexte beaucoup plus large : ils ont un objet, créent une relation particulière et sont fréquemment utilisés dans une industrie ou un marché donné. Ces facteurs font tous partie du contexte — les circonstances — dont il faut tenir compte pour interpréter le texte du contrat. Pour reprendre les propos de lord Wilberforce, cités avec approbation dans *Sattva*, [TRADUCTION] « [I]orsqu'un contrat commercial est en cause, le tribunal devrait certes connaître son objet sur le plan commercial, ce qui présuppose d'autre part une connaissance de l'origine de l'opération, de l'historique, du contexte, du marché dans lequel les parties exercent leurs activités » (*Reardon Smith Line Ltd. c. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570 (H.L.), p. 574, cité dans *Sattva*, par. 47). Cette question est davantage approfondie dans le court extrait suivant tiré d'*Investors Compensation*

*Bromwich Building Society*, [1998] 1 All E.R. 98 (H.L.), also quoted by the Court in *Sattva*, at para. 48:

The meaning which a document . . . would convey to a reasonable man is not the same thing as the meaning of its words. The meaning of words is a matter of dictionaries and grammars; the meaning of the document is what the parties using those words against the relevant background would reasonably have been understood to mean. [p. 115]

[107] All contracts, whether standard form or not, have important contextual elements — elements of their surrounding circumstances — that are generally considered in applying the contractual language to a specific set of occurrences.

[108] Unlike my colleague, I do not read this aspect of *Sattva* as holding that contractual interpretation is not generally a pure question of law simply because it involves assessing a “factual matrix” relating to negotiation. Rather, as I have discussed, *Sattva* sees contractual interpretation as not being a pure question of law because it involves understanding the words used in light of a number of contextual factors beyond negotiation, including the purpose of the agreement, the nature of the relationship, the market in which the parties are operating, and so forth. While the words have a consistent meaning, how they apply to the myriad of situations that may arise will most often turn on these sorts of contextual factors. My colleague’s interpretative analysis of the standard form contract before us in this case shows that this is so. That analysis relies on the nature of the particular work alleged to be faulty; the nature and cause of the particular damage in issue; the purpose of the contract; the market in which it operates (i.e. the construction industry); the parties’ reasonable expectations; and commercial reality.

[109] The importance of taking these contextual matters into account is the first reason the Court relied on in *Sattva* to explain why contractual interpretation is generally not a pure question of law

*Scheme Ltd. c. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 All E.R. 98 (H.L.), également cité par la Cour dans *Sattva*, par. 48 :

[TRADUCTION] Le sens d’un document [. . .] qui est transmis à la personne raisonnable n’équivaut pas au sens des mots qui le composent. Le sens des mots fait intervenir les dictionnaires et les grammaires; le sens du document représente ce qu’il est raisonnable de croire que les parties, en employant ces mots compte tenu du contexte pertinent, ont voulu exprimer. [p. 115]

[107] Tous les contrats, qu’ils soient types ou non, comportent des éléments contextuels importants — les circonstances — dont il est généralement tenu compte pour appliquer le libellé du contrat à un ensemble précis de faits.

[108] Contrairement à mon collègue, je n’estime pas que la Cour indique à cet égard dans *Sattva* que l’interprétation contractuelle n’est en général pas une pure question de droit simplement parce qu’elle suppose l’évaluation du « fondement factuel » relatif à la négociation. Au contraire, comme je l’ai expliqué précédemment, la Cour considère dans *Sattva* que l’interprétation contractuelle n’est pas une pure question de droit parce qu’elle implique de comprendre les mots utilisés eu égard à plusieurs facteurs contextuels autres que la négociation, dont l’objet de l’entente, la nature de la relation, le marché dans lequel les parties exercent leurs activités, etc. Le sens des mots ne change pas, mais la façon dont ces mots s’appliquent à la multitude de situations qui peuvent survenir dépendra souvent de ces facteurs contextuels. C’est d’ailleurs ce que démontre l’analyse interprétative du contrat type en l’espèce effectuée par mon collègue. Cette analyse repose sur la nature du travail qui aurait été mal exécuté; la nature et la cause du dommage en question; l’objet du contrat; le marché dans lequel il est employé (en l’occurrence l’industrie de la construction); les attentes raisonnables des parties; la réalité commerciale.

[109] L’importance de prendre en compte ces éléments contextuels est la première raison donnée par la Cour dans *Sattva* pour expliquer pourquoi l’interprétation contractuelle n’est généralement pas une

and applies to standard form contracts as it does to others. While negotiating history will generally not be relevant to such contracts, many other contextual matters are.

[110] Turning to the second related reason given in *Sattva*, it too applies to the interpretation of standard form contracts. That second reason was that “the historical approach to contractual interpretation does not fit well with the definition of a pure question of law identified in *Housen* and [*Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748]”: para. 49. Rather, contractual interpretation should be understood as generally giving rise to mixed questions of law and fact. As Rothstein J. wrote for the Court, “Contractual interpretation involves issues of mixed fact and law as it is an exercise in which the principles of contractual interpretation are applied to the words of the written contract, considered in light of the factual matrix”: para. 50. In short, *Sattva* brought appellate review of contractual interpretation into the general framework for appellate review in civil cases set out in the Court’s standard of review jurisprudence.

[111] I see no reason to think that the interpretation of certain types of contracts should be excluded from these general principles that apply to appellate review in all civil cases. A number of appellate courts have reached the same conclusion: *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. v. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575, at paras. 40-41; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals v. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581, at paras. 34-36; *Acciona Infrastructure Canada Inc. v. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223, at paras. 34-35; *GCAN Insurance Co. v. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500, at paras. 37-42 (CanLII).

[112] It is important to remember that *Housen* did not hold that all applications of a legal standard to the facts should be reviewed for palpable and overriding error. As I have discussed, *Housen* recognized that sometimes the analysis will turn on an extricable

pure question of droit et vaut tant pour les contrats types que pour les autres contrats. Bien que l’historique de la négociation ne soit généralement pas pertinent pour de tels contrats, bien d’autres éléments contextuels le sont.

[110] En ce qui concerne maintenant la deuxième raison connexe donnée dans *Sattva*, elle vaut aussi pour l’interprétation des contrats types. Cette seconde raison était que « l’approche historique de l’interprétation contractuelle ne cadre pas bien avec la définition de la pure question de droit formulée dans les arrêts *Housen* et [*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748] » (par. 49). On devrait plutôt considérer que l’interprétation contractuelle pose généralement des questions mixtes de droit et de fait. Comme le juge Rothstein l’a écrit au nom de la Cour, « [l]’interprétation contractuelle soulève des questions mixtes de fait et de droit, car il s’agit d’en appliquer les principes aux termes figurant dans le contrat écrit, à la lumière du fondement factuel » (par. 50). Bref, dans *Sattva*, la Cour a intégré le contrôle en appel de l’interprétation d’un contrat au cadre général de contrôle en appel en matière civile établi dans sa jurisprudence relative aux normes de contrôle.

[111] Je ne vois aucune raison de penser que ces principes généraux applicables au contrôle en appel dans toutes les affaires civiles ne devraient pas régir l’interprétation de certains types de contrat. Plusieurs cours d’appel sont parvenues à la même conclusion (*Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. c. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575, par. 40-41; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals c. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581, par. 34-36; *Acciona Infrastructure Canada Inc. c. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223, par. 34-35; *GCAN Insurance Co. c. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500, par. 37-42 (CanLII)).

[112] Il importe de se rappeler que la Cour n’a pas jugé, dans *Housen*, que toutes les applications d’une norme juridique aux faits devraient être contrôlées selon la norme de l’erreur manifeste et dominante. Comme je l’ai mentionné, la Cour a

pure question of law. *Sattva* adopted this holding. Rothstein J. in *Sattva* acknowledged, echoing *Housen*, that it may sometimes be possible to identify an extricable question of law such as the application of incorrect principles, the failure to consider a required element of a legal test, or the failure to consider a relevant factor. I therefore agree with Wagner J. that “*Sattva* should not be read as holding that contractual interpretation is always a question of mixed fact and law”: para. 46. *Sattva* was explicit on this point: para. 53.

[113] However, again echoing *Housen*, Rothstein J. warned that courts should be cautious in identifying extricable questions of law in disputes over contractual interpretation; he noted that “the circumstances in which a question of law can be extricated from the interpretation process will be rare”: *Sattva*, at para. 55.

B. *The Proposed Exception Does Not Conform to the General Principles of Appellate Review in Civil Cases*

[114] My colleague proposes an “exception” to *Sattva*’s holding: if an appeal involves the interpretation of a standard form contract, the interpretation itself is of precedential value and there is no meaningful factual matrix specific to the parties to assist the interpretation process, then the interpretation is a question of law and subject to correctness review (para. 46). I do not support the creation of this “exception”.

[115] As I have outlined, the general principles of appellate review in civil cases turn on characterizing the nature of the question being reviewed as one of fact, law or mixed law and fact. The distinction between questions of pure law and questions of mixed law and fact turns on where the question is located along a “spectrum of particularity”: *Housen*, at para. 28. Questions of law are concerned with general legal propositions: *Housen*, at para. 28,

reconnu dans *Housen* que l’analyse porte parfois sur une pure question de droit isolable, et a fait sienne cette conclusion dans *Sattva*. Le juge Rothstein y a reconnu, en faisant écho à *Housen*, qu’il peut parfois être possible de dégager une question de droit comme l’application d’un mauvais principe ou l’omission d’examiner un élément essentiel d’un critère juridique ou un facteur pertinent. Je souscris par conséquent à l’observation du juge Wagner selon laquelle « [l]’arrêt *Sattva* ne devrait pas être interprété comme prescrivant que l’interprétation contractuelle est toujours une question mixte de fait et de droit » (par. 46). L’arrêt *Sattva* était explicite à cet égard (par. 53).

[113] Or, faisant encore une fois écho à *Housen*, le juge Rothstein a prévenu les tribunaux qu’ils devaient faire preuve de prudence en dégageant des questions de droit isolables dans les litiges portant sur l’interprétation d’un contrat; il a fait remarquer que « rares seront les cas où il sera possible de dégager une question de droit de l’exercice d’interprétation » (*Sattva*, par. 55).

B. *L’exception proposée ne respecte pas les principes généraux de contrôle en appel en matière civile*

[114] Mon collègue propose une « exception » à la conclusion tirée dans *Sattva* : si un appel porte sur l’interprétation d’un contrat type, l’interprétation retenue a valeur de précédent et l’exercice d’interprétation ne repose sur aucun fondement factuel significatif qui est propre aux parties, l’interprétation constitue alors une question de droit et est assujettie à un contrôle selon la norme de la décision correcte (par. 46). Je ne suis pas en faveur de la création de cette « exception ».

[115] Comme je l’ai souligné, les principes généraux de contrôle en appel dans les affaires civiles s’attachent à la qualification de la nature de la question faisant l’objet du contrôle en tant que question de fait, question de droit ou encore question mixte de droit et de fait. La distinction entre les pures questions de droit et les questions mixtes de droit et de fait dépend de l’endroit où se situe la question sur le « spectre comportant des degrés variables de

citing *Southam*, at para. 37. As stated in *Housen* and repeated in *Sattva*, examples include applying an incorrect principle, failing to consider a required element of a legal test, or the failure to consider a relevant factor: *Sattva*, at para. 53.

[116] As I see it, the three elements of the proposed exception do not assist in deciding whether the question is sufficiently general in nature so as to attract correctness review. Whether or not a contract is a standard form does not, as I see it, tell us anything about the degree of generality of the particular interpretative principle in issue in a particular case. The absence of a “factual matrix” is not of much assistance either. All contracts have a context which is important for their interpretation. As I mentioned earlier, aspects of the transaction such as its purpose and the market or industry in which it operates are important for interpreting all contracts, and so is the nature of the allegedly faulty work and the damage allegedly resulting from it. The absence of facts about negotiations does not mean that there are no contextual matters that inform the interpretative process and therefore tend to make it a mixed question of law and fact.

[117] The third element of the proposed exception — whether the interpretation has precedential value — seems to me to simply ask the critical question, which is concerned with the level of generality of a legal principle, in a different and unhelpful way. Questions of law are reviewed on appeal for correctness because the decisions on such questions have precedential value: these sorts of decisions ensure uniformity among similar cases and serve the law-making function of appellate courts (*Housen*, at paras. 8-9). The more general the principle, the more the precedential value. To ask the question in terms of precedential value rather than the generality of the legal principle in issue seems to me to simply pose the key question in a different way and in one that simply sends the

particularité » (*Housen*, par. 28). Les questions de droit concernent des propositions juridiques générales (*Housen*, par. 28, citant *Southam*, par. 37). Comme la Cour l’a dit dans *Housen* et répété dans *Sattva*, une erreur de droit peut consister, par exemple, à appliquer le mauvais principe ou à négliger un élément essentiel d’un critère juridique ou un facteur pertinent (*Sattva*, par. 53).

[116] À mon avis, les trois éléments de l’exception proposée n’aident pas à décider si la question est de nature suffisamment générale pour appeler un contrôle selon la norme de la décision correcte. J’estime que le point de savoir si un contrat est ou non un contrat type ne nous permet de tirer aucune conclusion sur le degré de généralité du principe d’interprétation particulier en cause dans une affaire donnée. L’absence de « fondement factuel » n’est pas non plus d’un grand secours. Tous les contrats ont un contexte qui est important pour leur interprétation. Comme je l’ai mentionné précédemment, des aspects de l’opération comme son objet et l’industrie ou le marché dans lequel elle a lieu sont importants pour interpréter tous les contrats. Il en va de même de la nature du travail qui aurait été mal exécuté et du dommage qui en découlerait. L’absence de faits se rapportant aux négociations ne signifie pas qu’il n’y a aucun élément contextuel éclairant l’exercice d’interprétation, ce qui, par conséquent, tend à indiquer que cette interprétation serait une question mixte de droit et de fait.

[117] Selon moi, le troisième élément de l’exception proposée — le point de savoir si l’interprétation a valeur de précédent — pose simplement de façon différente et peu utile la question cruciale, qui a trait au niveau de généralité du principe juridique. Les questions de droit sont contrôlées en appel selon la norme de la décision correcte parce que les décisions sur ces questions ont valeur de précédent : les décisions de ce genre garantissent l’uniformité entre les affaires similaires et permettent aux cours d’appel d’accomplir leur fonction d’élaboration du droit (*Housen*, par. 8-9). Plus le principe est général, plus sa valeur comme précédent est grande. Poser la question sous l’angle de la valeur de précédent plutôt que du caractère général du principe juridique en cause équivaut, à mon sens, à poser simplement la

analysis back to the question of degree of generality.

[118] As my colleague’s interpretive analysis shows, there are important contextual elements — surrounding circumstances — that inform how the text should be applied to the facts. This is not a case where there are no such contextual factors to consider. Focusing on the question of the generality of the legal principle in issue, I do not see a good case for correctness review on that basis either.

[119] The question this case raises, boiled down to its essentials, is this: Is the cost of replacing a window that was scratched by a window cleaner while cleaning it the “cost of making good faulty workmanship” (which is excluded from insurance coverage) or the cost of repairing “physical damage [that] results” from faulty workmanship (which is covered)? The answer proposed by Wagner J. is that it is the cost of repairing the physical damage, because the exclusion applies only to the cost of redoing the faulty work, in this case, recleaning the windows: para. 5. The legal principle is that “making good faulty workmanship” means “the cost of redoing the faulty work”. However, this principle does not seem to me to operate at a very high level of generality.

[120] Applying the principle turns on two considerations: the scope of the “faulty work” and the nature of “redoing” it. We could say that the window cleaners’ faulty work did not require them to install windows in good condition: para. 81. But this seems to me to be the assertion of the conclusion rather than a reason for it. Presumably, the window cleaners’ work was to clean the windows without destroying them; if their faulty work destroyed the windows, why should we say that “redoing” their work does not involve replacing the windows? In short, I am not convinced the principle that the exclusion only relates to “the cost of redoing the faulty

question fondamentale d’une manière différente qui fait uniquement porter l’analyse sur la question du degré de généralité.

[118] Comme le démontre l’analyse interprétative de mon collègue, il existe d’importants éléments contextuels — circonstances — qui nous renseignent sur la façon dont le texte devrait être appliqué aux faits. Nous ne sommes pas en présence d’un cas où il n’existe pas de tels facteurs contextuels à prendre en considération. En axant mon examen sur le caractère général du principe juridique en cause, je n’estime pas non plus qu’il est justifié de procéder à un contrôle en fonction de la norme de la décision correcte sur cette base.

[119] Ramenée à l’essentiel, la question soulevée en l’espèce est la suivante : le coût de remplacement d’une fenêtre égratignée par un laveur de vitres pendant qu’il était en train de la nettoyer équivaut-il aux « frais engagés pour remédier à une malfaçon » (qui sont exclus de la couverture) ou au coût de la réparation des « dommages matériels [qui] décou[le]nt » de la malfaçon (lesquels sont couverts)? La réponse proposée par le juge Wagner est la suivante : il s’agit du coût de la réparation des dommages matériels parce que l’exclusion ne vise que le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux, en l’occurrence un nouveau nettoyage des fenêtres (par. 5). Selon le principe juridique, l’expression « remédier à une malfaçon » s’entend « du coût de la nouvelle exécution du travail défectueux ». Toutefois, ce principe ne me semble pas atteindre un très haut niveau de généralité.

[120] L’application du principe repose sur deux considérations : l’étendue de la « malfaçon » et la nature de sa « nouvelle exécution ». On pourrait avancer que la malfaçon des laveurs de vitres ne les obligeait pas à installer des fenêtres en bon état (par. 81). Cette affirmation me semble toutefois être l’énoncé de la conclusion plutôt que son fondement. On peut présumer que le travail des laveurs de vitres consistait à nettoyer les fenêtres sans les détruire; si, par leur malfaçon, ils ont détruit celles-ci, pourquoi devrait-on dire que la « nouvelle exécution » de leur travail n’implique pas le remplacement des fenêtres? En somme, je ne suis pas convaincu que le principe

work” can operate at a very high level of generality. Rather, its application in other cases will ultimately be decided on a case-by-case basis in light of the particular circumstances of the particular case.

[121] The extensive jurisprudence cited to us tends to confirm the view that it is difficult to define the scope of the exclusion in general terms. The line basically has to be drawn on a case-by-case basis. For example, in *Greene v. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151 (Nfld. C.A.), a contractor was hired by the appellants to construct the framework of a house. Shortly after the contractor completed its contract, the framework was damaged by high winds and, as a result, the house had to be substantially demolished and rebuilt: para. 2. It was uncontested that the loss was caused by the failure of the contractor to install temporary bracing.

[122] The trial judge held that the loss was caused by faulty or improper workmanship and was an excluded peril under clause 9(a) of the appellants’ insurance policy with the respondent company. He rejected the appellants’ contention that the exclusion clause should be limited to the cost of remedying the improper installation of permanent or temporary bracing: *Greene*, at para. 3.

[123] The Court of Appeal confirmed the trial decision, holding that “the defective or inadequate bracing was to stabilize the house during construction and the resulting accident caused the destruction of that house. I see no error in the decision of the trial judge that the loss suffered by the appellants was the cost of making good faulty or improper workmanship, not ‘resultant damage’, nor in his analysis of the applicable case law”: *Greene*, at para. 16. As I see it, the analysis of this case could easily have gone a different way. The court could have held, as we do in this case, that because the contractor was only responsible for constructing the framework of the house, the exclusion should only be the cost of

selon lequel l’exclusion vise uniquement le « coût de la nouvelle exécution du travail défectueux » peut atteindre un très haut niveau de généralité. Les tribunaux décideront plutôt de son application en dernière analyse au cas par cas à la lumière des circonstances propres à chaque affaire.

[121] La jurisprudence abondante qui nous a été citée tend à confirmer l’opinion selon laquelle il est difficile de cerner l’étendue de l’exclusion en termes généraux. La ligne doit essentiellement être tracée au cas par cas. Par exemple, dans *Greene c. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151 (C.A. T.-N.), un entrepreneur avait été engagé par les appelants pour construire la charpente d’une maison. Peu après que l’entrepreneur eut mené à terme l’exécution de son contrat, la charpente en question a été endommagée par des vents violents. La maison a donc dû être démolie et reconstruite en grande partie (par. 2). Nul ne conteste que la perte était imputable à l’omission de l’entrepreneur d’installer un contreventement temporaire.

[122] Le juge de première instance a statué que la perte résultait d’une malfaçon ou d’un travail défectueux et constituait un risque exclu aux termes de la clause 9a) de la police d’assurance à laquelle les appelants avaient souscrit auprès de la société intimée. Il a rejeté la prétention des appelants selon laquelle la clause d’exclusion devrait viser uniquement les frais engagés pour remédier à l’installation défectueuse d’un contreventement temporaire ou permanent (*Greene*, par. 3).

[123] La Cour d’appel a confirmé la décision de première instance, affirmant que [TRADUCTION] « le contreventement défectueux ou inadéquat devait stabiliser la maison pendant la construction et l’accident qui en a résulté a causé la destruction de cette maison. Je ne relève aucune erreur ni dans la conclusion du juge de première instance que la perte subie par les appelants équivalait aux frais engagés pour remédier à la malfaçon ou au travail défectueux, et non aux “dommages en découlant”, ni dans son analyse de la jurisprudence applicable » (*Greene*, par. 16). À mon avis, l’analyse de cette affaire aurait pu facilement donner un résultat différent. La cour aurait pu décider, tout comme nous

redoing the framework of the house, and not the cost of fixing damages to the whole house.

[124] Other examples include *Bird Construction Co. v. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104 (Sask. C.A.), where a subcontractor was hired to build and install roof trusses and partially damaged the trusses due to faulty erection procedures. Although the faulty workmanship occurred during the erection procedures, the cost of replacing the trusses themselves ended up also not being covered because the court considered it would be making good faulty workmanship. In *Ontario Hydro v. Royal Insurance*, [1981] O.J. No. 215 (QL) (H.C.J.), the contractual obligation of the contractor responsible for the damage was to install a power-generating boiler. As part of the installation, the plaintiff requested that the contractor perform an acid wash on the boiler. The acid wash ultimately damaged the tubing and the court held that the cost of making good improper workmanship was not only the cost of rewashing the tubing, but also to replace it: para. 37.

[125] I conclude that there are important surrounding circumstances that inform the interpretation of standard form contracts and that the legal principle is not of much precedential value. In short, the issue here involves applying a legal standard to a set of facts and did not give rise to any extricable question of law.

### C. *The Merits of the Appeals*

[126] I agree in substance with the trial judge's analysis and conclusion: 2013 ABQB 585, [2013] I.L.R. ¶ I-5494. Clackson J. made no legal error because he properly described and applied the Court's decision in *Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2010 SCC 33, [2010] 2 S.C.R. 245.

en l'espèce, que, comme l'entrepreneur n'était responsable que de la construction de la charpente de la maison, l'exclusion ne devrait viser que le coût de la nouvelle charpente de la maison, et non les frais engagés pour remédier aux dommages causés à l'ensemble de la maison.

[124] On peut également citer d'autres exemples telle l'affaire *Bird Construction Co. c. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104 (C.A. Sask.), où un sous-traitant avait été engagé pour fabriquer et installer des fermes de toit. Or, il a partiellement endommagé les fermes parce qu'il avait employé une mauvaise méthode d'installation. Bien que la malfaçon ait eu lieu à l'étape de l'installation, le coût de remplacement des fermes elles-mêmes a finalement été exclu lui aussi parce que la cour a considéré qu'un tel remplacement équivaudrait à remédier à une malfaçon. Dans *Ontario Hydro c. Royal Insurance*, [1981] O.J. No. 215 (QL) (H.C.J.), l'obligation contractuelle de l'entrepreneur responsable du dommage consistait à installer une chaudière génératrice de courant. Dans le cadre de ce contrat, le demandeur a demandé à l'entrepreneur de nettoyer la chaudière à l'acide. Ce nettoyage a endommagé la tuyauterie. La cour a statué que les frais engagés pour remédier à la malfaçon représentaient non seulement le coût d'un nouveau nettoyage de la tuyauterie, mais aussi le coût de son remplacement (par. 37).

[125] Je conclus qu'il existe des circonstances importantes qui nous éclairent sur l'interprétation des contrats types et que le principe juridique n'a pas une grande valeur comme précédent. Bref, le litige en l'espèce porte sur l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits et il n'a posé aucune question de droit isolable.

### C. *Le bien-fondé des pourvois*

[126] Je souscris pour l'essentiel à l'analyse et à la conclusion du juge de première instance (2013 ABQB 585, [2013] I.L.R. ¶ I-5494). Le juge Clackson n'a commis aucune erreur de droit parce qu'il a correctement décrit et appliqué l'arrêt *Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard*, 2010 CSC 33, [2010] 2 R.C.S. 245.

[127] The trial judge considered the competing interpretations of the relevant policy provisions. The insureds' position was that excluding the cost of "making good" faulty cleaning simply excludes the cost of redoing the cleaning properly. The insurers' position was that "making good" faulty cleaning extends to the damage done by the faulty cleaning. The trial judge found that both of these interpretations were reasonable as the policy did not clearly suggest one alternative over the other. The judge then took into consideration the general rules of contract construction: he looked at the context, the language of the contract, as well as the nature and purpose of an all risks policy, which helped him to determine the reasonable expectations of the parties. It remains that, according to him, these rules did not produce a clear result. He therefore applied the *contra proferentem* principle, interpreted the clause against the insurers and held that the exclusion did not apply. I see no reviewable error in this analysis.

### III. Disposition

[128] I would allow the appeals, set aside the order of the Court of Appeal (2015 ABCA 121, 599 A.R. 363) and restore the order of the trial judge with costs to the appellants throughout.

*Appeals allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant Ledcor Construction Limited: Supreme Advocacy, Ottawa; Stacey Boothman, Vancouver.*

*Solicitors for the appellant Station Lands Ltd.: Dentons Canada, Edmonton; Supreme Advocacy, Ottawa.*

*Solicitors for the respondents: Owen Bird Law Corporation, Vancouver.*

[127] Le juge de première instance a examiné les interprétations opposées des dispositions pertinentes de la police. Les assurées faisaient valoir qu'en excluant les frais engagés pour « remédier » au nettoyage défectueux, on excluait simplement le coût d'un nouveau nettoyage adéquat. Les assureurs soutenaient quant à eux que le fait de « remédier » au nettoyage défectueux s'étendait aux dommages causés par ce nettoyage. Le juge de première instance a conclu que ces deux interprétations étaient raisonnables puisque la police ne privilégiait clairement aucune de ces interprétations aux dépens de l'autre. Le juge a ensuite pris en considération les règles générales d'interprétation des contrats et examiné le contexte, le libellé du contrat ainsi que la nature et l'objet d'une police d'assurance tous risques, ce qui l'a aidé à établir les attentes raisonnables des parties. Par contre, il a estimé que ces règles ne conduisaient pas à un résultat clair. Il a donc appliqué le principe *contra proferentem*, soit interprété la clause contre les assureurs, et jugé que l'exclusion ne s'appliquait pas. Je ne décèle aucune erreur susceptible de révision dans cette analyse.

### III. Dispositif

[128] Je suis d'avis d'accueillir les pourvois, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel (2015 ABCA 121, 599 A.R. 363) et de rétablir l'ordonnance du juge de première instance avec dépens en faveur des appelantes devant toutes les cours.

*Pourvois accueillis avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante Ledcor Construction Limited : Supreme Advocacy, Ottawa; Stacey Boothman, Vancouver.*

*Procureurs de l'appelante Station Lands Ltd. : Dentons Canada, Edmonton; Supreme Advocacy, Ottawa.*

*Procureurs des intimées : Owen Bird Law Corporation, Vancouver.*

**Attorney General of Canada** *Appellant*

v.

**Igloo Vikski Inc.** *Respondent*

**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. IGLOO VIKSKI INC.**

**2016 SCC 38**

File No.: 36258.

2016: March 29; 2016: September 29.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Taxation — Customs and excise — International trade — Tariff classification of goods — Importation of hockey gloves — Whether goods should be classified as “gloves, mittens and mitts” or “other articles of plastics and articles of other materials” under Harmonized Commodity Description and Coding System — Whether Canadian International Trade Tribunal’s interpretation and application of Rules 1 and 2 of General Rules for Interpretation of Harmonized System were reasonable — Customs Tariff, S.C. 1997, c. 36, Schedule, General Rules for the Interpretation of the Harmonized System.*

The importer arranged to import hockey gloves made of textiles and plastics, bound together by stitching. The Canada Border Services Agency classified five models of gloves as “gloves, mittens and mitts” under tariff item No. 6216.00.00 of the Harmonized Commodity Description and Coding System (“Harmonized System”), incorporated into the Schedule to the *Customs Tariff*. The remaining model was classified under tariff item No. 3926.20.92 as “other articles of plastics”.

The Canadian International Trade Tribunal (“CITT” or “Tribunal”) dismissed the importer’s appeal, concluding that the gloves were classifiable as “gloves, mittens and mitts”. The Federal Court of Appeal, however, allowed

**Procureur général du Canada** *Appelant*

c.

**Igloo Vikski Inc.** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. IGLOO VIKSKI INC.**

**2016 CSC 38**

N° du greffe : 36258.

2016 : 29 mars; 2016 : 29 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

*Droit fiscal — Douanes et accise — Commerce international — Classement de marchandises en vue de la détermination du tarif — Importation de gants de hockey — Les marchandises doivent-elles être classées comme des « gants, mitaines et moufles » ou comme « autres ouvrages en matières plastiques et ouvrages en autres matières » en application du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises? — L’interprétation et l’application par le Tribunal canadien du commerce extérieur des Règles 1 et 2 des Règles générales pour l’interprétation du Système harmonisé étaient-elles raisonnables? — Tarif des douanes, L.C. 1997, c. 36, annexe, Règles générales pour l’interprétation du Système harmonisé.*

L’importateur a pris des arrangements pour importer des gants de hockey confectionnés de matières textiles et plastiques cousues ensemble. L’Agence des services frontaliers du Canada a classé cinq modèles de gants dans le numéro tarifaire 6216.00.00, à savoir « gants, mitaines et moufles », du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises (le « Système harmonisé »), qui figure en annexe au *Tarif des douanes*. L’autre modèle a été classé dans le numéro tarifaire 3926.20.92, à savoir « autres ouvrages en matières plastiques ».

Le Tribunal canadien du commerce extérieur (le « TCCE » ou le « Tribunal ») a rejeté l’appel interjeté par l’importateur et est arrivé à la conclusion que les gants devaient être classés comme des « gants, mitaines et

the importer's appeal and remitted the matter back to the CITT.

*Held* (Côté J. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ.: The tariff classification exercise begins with Rule 1 of the General Rules for the Interpretation of the Harmonized System, which directs that the classification of goods must initially be determined with reference only to the headings within a chapter, as well as any applicable Section or Chapter Notes. Where the goods are unfinished or where they are comprised of a mix of materials or substances, Rule 2 is applied in conjunction with Rule 1 to determine the *prima facie* classification of such goods. Rule 2(a) deems unfinished goods to be finished goods, and directs that they be classified using Rule 1 as if they were goods in a complete or finished state. Rule 2(b) applies where a good consists of a mixture of more than one substance, and states that a reference to goods of a given material or substance in a heading shall be taken to include goods consisting wholly or partly of such material or substance. If, having applied Rules 1 and 2, the good is *prima facie* classifiable under only one heading, then the inquiry ends and the good is classified under that heading. If, however, the good is *prima facie* classifiable under more than one heading, then Rule 3 applies, by operation of Rule 2(b), to resolve the classification dispute. If the application of Rules 1, 2 and 3 does not lead to the classification of a good under a single heading, Rules 4, 5 and 6 are applied to determine the classification of the good.

While the General Rules are commonly described as cascading in nature, this metaphor does not quite capture how the General Rules are to be applied. It is more helpful to understand that order as a function of a hierarchy rather than a cascade. Rule 1 does not lose all relevance where Rule 2 is applied. Where Rule 2 applies, it applies together with Rule 1 to identify the heading(s) under which an incomplete or composite good can be *prima facie* classified.

The CITT concluded that the gloves were not classifiable under heading 39.26 using Rule 1 because they were not made by sewing or sealing sheets of plastic together, as directed by the Explanatory Note to heading 39.26 of the *Explanatory Notes to the Harmonized Commodity Description and Coding System*. The CITT found that the gloves met the description of heading 62.16 using Rule 1. Since the gloves contained plastic padding that was more than mere trimming, the CITT applied Rule 2(b) of

mouffes ». La Cour d'appel fédérale a cependant accueilli l'appel interjeté par l'importateur et renvoyé l'affaire au TCCE.

*Arrêt* (la juge Côté est dissidente) : L'appel est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown : L'exercice de classement commence par la Règle 1 des Règles générales pour l'interprétation du Système harmonisé, suivant laquelle le classement des marchandises se fait initialement selon les termes des positions d'un chapitre, ainsi que de toute Note de Section ou de Chapitre applicable. Dans le cas d'un article non fini ou fait d'un mélange de matières, il faut appliquer la Règle 2 en tandem avec la Règle 1 pour déterminer la position dans laquelle la marchandise paraît devoir être classée. La Règle 2a) assimile l'article non fini à l'article fini et dispose qu'il est classé en application de la Règle 1 comme s'il s'agissait d'un article complet ou fini. La Règle 2b) s'applique lorsqu'il s'agit de déterminer le classement d'un article fait d'un mélange de matières. Elle dispose que la mention dans une position d'ouvrages en une matière déterminée se rapporte aux ouvrages constitués entièrement ou partiellement de cette matière. Si l'application des Règles 1 et 2 aboutit à une seule position, l'article est classé dans cette position et l'analyse prend fin. Or, si une marchandise paraît devoir être classée dans plus d'une position, il faut appliquer la Règle 3, comme le prévoit la Règle 2b), pour résoudre le conflit. Si l'application des Règles 1, 2 et 3 n'aboutit pas au classement d'un article dans une seule position, il faut appliquer les Règles 4, 5 et 6 pour déterminer le classement de la marchandise.

Si on dit couramment des Règles générales qu'elles sont structurées en cascade, cette métaphore ne décrit pas vraiment la manière dont les Règles s'appliquent. L'ordre relève plus de la hiérarchie que de la cascade. La Règle 1 n'est pas écartée par l'application de la Règle 2. Dans les cas où la Règle 2 s'applique, c'est en tandem avec la Règle 1 pour déterminer la position ou les positions dans lesquelles un article incomplet ou composite paraît devoir être classé.

Le TCCE a conclu que les gants ne pouvaient être classés dans la position 39.26 par application de la Règle 1, car ils n'étaient pas confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles, comme le prévoit la Note explicative accompagnant la position 39.26 des *Notes explicatives du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises*. Le TCCE est arrivé à la conclusion que les gants répondaient aux termes de la position 62.16 par application de

the General Rules, as directed by the Explanatory Note to heading 62.16, which led the CITT to extend the scope of the heading in order to classify the goods as “gloves, mittens and mitts”.

The Federal Court of Appeal found that the CITT had misinterpreted the General Rules by requiring that the goods must meet the description of a heading by applying Rule 1 before Rule 2(b) can be used to extend that heading to cover goods made of mixed substances. Once the CITT concluded that the goods did not meet the description of the heading in 39.26, it should have applied Rule 2(b) of the General Rules to extend that heading to cover the gloves. Then, because the goods were *prima facie* classifiable under both headings 39.26 and 62.16, Rule 3 should have been employed to determine the proper classification of the gloves.

In concluding that the CITT misapplied the General Rules, the Federal Court of Appeal misapprehended their structure. It did not appreciate the conjunctive nature of the application of Rules 1 and 2 to a determination of the heading(s) under which a good is *prima facie* classifiable. Further, the Federal Court of Appeal erred in supposing that Rule 2(b) can be applied to extend the scope of a heading to include a particular good where no part of that good falls within the heading. While Rule 2(b) deems a reference in a heading to a material to include a mixture of that material with other substances, the Section, Chapter Notes, and Explanatory Notes still apply when classifying that good as if it were made exclusively of the material referenced by the heading. Read as a whole, the CITT’s decision was reasonable. The CITT neither misapplied the General Rules, nor interpreted heading 39.26 and its Explanatory Note in an unreasonable manner.

*Per* Côté J. (dissenting): The Tribunal’s decision falls well outside the range of reasonable interpretations. It contradicts the cascading nature of the General Rules, it is internally contradictory, and it interprets the Explanatory Notes in a manner that is irreconcilable with their words.

While the standard of review of reasonableness is applicable here, this appeal deals with the interpretation of a statute that was enacted to implement the *International Convention on the Harmonized Commodity Description*

la Règle 1. Le TCCE, estimant que les gants comportaient du rembourrage en plastique qui excédait le rôle de simples garnitures, a appliqué la Règle 2b) des Règles générales, comme le prévoit la Note explicative accompagnant la position 62.16, ce qui l’a mené à étendre la portée de la position de manière à classer les marchandises comme des « gants, mitaines et mouffes ».

La Cour d’appel fédérale a conclu que le TCCE avait mal interprété les Règles générales en exigeant que les articles répondent aux termes d’une position en application de la Règle 1 avant que n’intervienne la Règle 2b) pour étendre la portée de cette position de manière à y inclure les matières mélangées. Le TCCE, après avoir déterminé que les marchandises ne correspondaient pas aux termes de la position 39.26, aurait dû appliquer la Règle 2b) des Règles générales pour étendre la portée de la position de manière à y inclure les gants. Ensuite, comme les marchandises paraissaient devoir être classées dans deux positions, soit 39.26 et 62.16, il aurait fallu appliquer la Règle 3 pour déterminer le classement des gants.

En concluant que le TCCE avait mal appliqué les Règles générales, la Cour d’appel fédérale a mal saisi l’économie de ces Règles. Elle n’a pas compris que les Règles 1 et 2 doivent être appliquées en tandem lorsqu’il s’agit de déterminer dans quelle position un article paraît devoir être classé. En outre, la Cour d’appel fédérale a fait erreur en supposant que la Règle 2b) s’applique pour étendre la portée d’une position de manière à y inclure un article dont aucune partie ne peut y être classée. Si aux termes de la Règle 2b) la mention d’une matière dans une position est assimilée à la mention de cette matière mélangée ou associée à d’autres matières, il demeure que les Notes de Sections ou de Chapitres et les Notes explicatives s’appliquent au classement de l’article comme s’il était constitué à l’état pur de la matière mentionnée dans la position. Globalement, la décision du TCCE était raisonnable. Le TCCE n’a pas mal appliqué les Règles générales ni donné au libellé de la position 39.26 et à sa Note explicative une interprétation déraisonnable.

*La juge Côté* (dissidente) : La décision du Tribunal ne fait aucunement partie des interprétations raisonnables. Elle va à l’encontre de la nature dite « en cascade » des Règles générales, elle est intrinsèquement contradictoire et elle fait des Notes explicatives une lecture qui est incompatible avec leur libellé.

Bien que la norme de contrôle de la décision raisonnable s’applique en l’espèce, la présente affaire porte sur l’interprétation de la loi de mise en œuvre de la *Convention internationale sur le Système harmonisé de désignation*

and Coding System. Given the *Convention* parties' intention of creating a uniform classification scheme, the range of reasonable statutory interpretations in this context is narrow.

First, the Tribunal erred by requiring as a condition to the application of Rule 2(b) that the goods must first meet the description in the heading pursuant to Rule 1. The distinction between a conjunctive or hierarchical application of the General Rules as opposed to a cascading application is, in this case, irrelevant. A good does not need to first meet the description in a heading pursuant to Rule 1 in order for Rule 2(b) to apply. Such a reading is inconsistent with the text of Rule 2(b). It is precisely because certain goods consisting of more than one material or substance cannot be classified under a heading using Rule 1 alone that Rule 2(b) applies. The function of Rule 2(b) is to extend headings referring to a material under Rule 1 to include goods that are composed only partly of the material.

Second, the Tribunal failed to apply Rules 1 and 2(b) consistently to headings No. 39.26 and No. 62.16. The Tribunal had to apply Rule 2(b) in order for heading No. 62.16 to apply to the gloves since the gloves included plastic that constituted more than mere trimming. Therefore, Rule 1 alone was not sufficient to classify the gloves in heading No. 62.16 nor in any heading, and the Tribunal had to resort to Rule 2(b). In this context, the Tribunal's refusal to apply Rules 1 and 2(b) consistently to both headings No. 39.26 and No. 62.16 is internally contradictory and therefore unreasonable.

Third, the Tribunal's interpretation of the Explanatory Note to heading No. 39.26 is unreasonable. While the Explanatory Note contains non-exhaustive language, the Tribunal concluded that heading No. 39.26 only includes articles of plastics that are made by "sewing or sealing sheets of plastics". Such a restrictive interpretation was contrary to both an ordinary and contextual reading of the Explanatory Note.

#### Cases Cited

By Brown J.

**Referred to:** *Miller v. Jackson*, [1977] 1 Q.B. 966; *Sher-Wood Hockey Inc. v. Canada (Border Services*

*et de codification des marchandises*. Compte tenu de l'intention des parties à la *Convention* à l'égard de la création d'un régime uniforme de classement, le nombre d'interprétations raisonnables est par conséquent limité.

Premièrement, le Tribunal a exigé à tort comme pré-requis que les marchandises satisfassent d'abord à la description de la position, conformément à la Règle 1, pour que la Règle 2b) s'applique. La distinction entre une application conjunctive ou hiérarchique des Règles générales et une application dite « en cascade » importe peu en l'espèce. Une marchandise ne doit pas, pour que la Règle 2b) s'applique, satisfaire d'abord aux termes de la position pour le classement en fonction de la Règle 1. Une telle lecture est incompatible avec le libellé de la Règle 2b). C'est précisément parce que certaines marchandises faites d'un mélange de matières ou de substances ne peuvent être classées dans une position en fonction de la Règle 1 seule que la Règle 2b) s'applique. La Règle 2b) a pour fonction d'élargir la portée des positions qui mentionnent une matière de sorte qu'elles puissent servir au classement, en fonction de la Règle 1, de marchandises constituées partiellement de cette matière.

Deuxièmement, le Tribunal n'a pas appliqué les Règles 1 et 2b) de manière uniforme aux positions n<sup>os</sup> 39.26 et 62.16. Le Tribunal devait appliquer la Règle 2b) pour que les gants puissent être classés dans la position n<sup>o</sup> 62.16 puisque ceux-ci comportent du rembourrage en plastique qui excède le rôle de simples garnitures. Par conséquent, la Règle 1 ne pouvait être appliquée seule pour le classement des gants dans la position n<sup>o</sup> 62.16 ni dans aucune autre position, et le Tribunal a dû recourir à la Règle 2b). Dans ce contexte, le refus du Tribunal d'appliquer les Règles 1 et 2b) de manière uniforme aux positions n<sup>os</sup> 39.26 et 62.16 est intrinsèquement contradictoire et donc déraisonnable.

Troisièmement, l'interprétation par le Tribunal de la Note explicative accompagnant la position n<sup>o</sup> 39.26 est déraisonnable. Même si la Note explicative est rédigée en termes non exhaustifs, le Tribunal a conclu que la position n<sup>o</sup> 39.26 ne vise que les articles confectionnés par « couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles ». Une telle interprétation restrictive est contraire tant à une interprétation selon le contexte qu'à une interprétation selon le sens ordinaire des mots de la Note explicative.

#### Jurisprudence

Citée par le juge Brown

**Arrêts mentionnés :** *Miller c. Jackson*, [1977] 1 Q.B. 966; *Sher-Wood Hockey Inc. c. President of the Canada*

*Agency, President*) (2011), 15 T.T.R. (2d) 336; *Minister of National Revenue v. Yves Ponroy Canada* (2000), 259 N.R. 38; *Cycles Lambert Inc. v. Canada (Border Services Agency)*, 2015 FCA 45, 469 N.R. 313; *Canada (Border Services Agency) v. SAF-HOLLAND Canada Ltd.*, 2014 FCA 3, 456 N.R. 174; *Star Choice Television Network Inc. v. Canada (Customs and Revenue Agency)*, 2004 FCA 153; *Minister of National Revenue (Customs and Excise) v. Schrader Automotive Inc.* (1999), 240 N.R. 381; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Canada Post Corp. v. Public Service Alliance of Canada*, 2010 FCA 56, [2011] 2 F.C.R. 221, rev'd 2011 SCC 57, [2011] 3 S.C.R. 572; *Helly Hansen Leisure Canada Inc. v. Canada Border Services Agency*, 2009 FCA 345, 397 N.R. 323; *Canada Customs and Revenue Agency v. Agri Pack*, 2005 FCA 414, 345 N.R. 1; *Funtastic Ltd. v. Chief Executive Officer of Customs*, [2008] AATA 528; *Canada Border Services Agency v. Outils Gladu Inc.*, 2009 FCA 215, 393 N.R. 58; *Rona Corporation Inc. v. Canada (Border Services Agency)* (2008), 12 T.T.R. (2d) 295; *Primaplas Pty. Ltd. v. Chief Executive Officer of Customs*, [2016] FCAFC 40; *National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029.

By Côté J. (dissenting)

*Minister of National Revenue (Customs and Excise) v. Schrader Automotive Inc.* (1999), 240 N.R. 381; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Sher-Wood Hockey Inc. v. Canada (Border Services Agency, President)* (2011), 15 T.T.R. (2d) 336; *National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029.

#### Statutes and Regulations Cited

*Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), ss. 59(1)(a), 60(1).  
*Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36, ss. 10(1), 11, Schedule, General Rules for the Interpretation of the Harmonized System; tariff items 0302.13.40, 3926.20.92, 6216.00.00, 9506.99.90.

*Border Services Agency*, 2011 CarswellNat 7160 (WL Can.); *Canada (Ministre du Revenu national) c. Yves Ponroy Canada*, 2000 CanLII 15801; *Cycles Lambert Inc. c. Canada Border Services Agency*, 2015 CAF 45; *Canada (Agence des services frontaliers) c. SAF-HOLLAND Canada Ltd.*, 2014 CAF 3; *Réseau de télévision Star Choice Inc. c. Canada (Agence des douanes et du revenu)*, 2004 CAF 153; *Canada (Ministre du Revenu national) c. Schrader Automotive Inc.*, 1999 CanLII 7719; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Société canadienne des postes c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, 2010 CAF 56, [2011] 2 R.C.F. 221, inf. par 2011 CSC 57, [2011] 3 R.C.S. 572; *Helly Hansen Leisure Canada Inc. c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2009 CAF 345; *Canada (Agence des douanes et du revenu) c. Agri Pack*, 2005 CAF 414; *Funtastic Ltd. c. Chief Executive Officer of Customs*, [2008] AATA 528; *Outils Gladu Inc. c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2009 CAF 215; *Rona Corporation Inc. c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2008 CanLII 13335; *Primaplas Pty. Ltd. c. Chief Executive Officer of Customs*, [2016] FCAFC 40; *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029.

Citée par la juge Côté (dissidente)

*Canada (Ministre du Revenu national) c. Schrader Automotive Inc.*, 1999 CanLII 7719; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Sher-Wood Hockey Inc. c. President of the Canada Border Services Agency*, 2011 CarswellNat 7160 (WL Can.); *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029.

#### Lois et règlements cités

*Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, c. 1 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 59(1)a), 60(1).  
*Tarif des douanes*, L.C. 1997, c. 36, art. 10(1), 11, annexe, Règles générales pour l'interprétation du Système harmonisé; n<sup>os</sup> tarifaires 0302.13.40, 3926.20.92, 6216.00.00, 9506.99.90.

**Treaties and Other International Instruments**

*International Convention on the Harmonized Commodity Description and Coding System*, Can. T.S. 1988 No. 38.  
*Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37, art. 31.

**Authors Cited**

Dryden, Ken. *The Game*. Toronto: Macmillan of Canada, 1983.  
*Phipson on Evidence*, 15th ed. by Howard M. N. et al. London: Sweet & Maxwell, 2000.  
 Prabhu, Mohan. *Canada's Laws on Import and Export: An Overview*. Toronto: Irwin Law, 2014.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.  
 World Customs Organization. *Explanatory Notes to the Harmonized Commodity Description and Coding System*, 5th ed. Brussels: Customs Co-operation Council, 2012.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Pelletier, Near and Scott JJ.A.), 2014 FCA 266, [2014] F.C.J. No. 1134 (QL), 2014 CarswellNat 4603 (WL Can.), setting aside a decision of the Canadian International Trade Tribunal, 2013 CanLII 4408, [2013] C.I.T.T. No. 4 (QL), 2013 CarswellNat 6770 (WL Can.). Appeal allowed, Côté J. dissenting.

*Jan E. Brongers and Michael Taylor*, for the appellant.

*Michael Kaylor and Jennifer Klinck*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ. was delivered by

BROWN J. —

**I. Introduction**

[1] In wintertime ice hockey is the delight of everyone.<sup>1</sup> Across the country, countless players of

<sup>1</sup> “In summertime village cricket is the delight of everyone” (*Miller v. Jackson*, [1977] 1 Q.B. 966 (C.A.), at p. 976, per Lord Denning M.R.).

**Traité et autres instruments internationaux**

*Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 31.  
*Convention internationale sur le Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises*, R.T. Can. 1988 n° 38.

**Doctrine et autres documents cités**

Dryden, Ken. *The Game*, Toronto, Macmillan of Canada, 1983.  
 Organisation mondiale des douanes. *Notes explicatives du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises*, 5<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Conseil de coopération douanière, 2012.  
*Phipson on Evidence*, 15th ed. by Howard M. N. et al., London, Sweet & Maxwell, 2000.  
 Prabhu, Mohan. *Canada's Laws on Import and Export : An Overview*, Toronto, Irwin Law, 2014.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Pelletier, Near et Scott), 2014 CAF 266, [2014] A.C.F. n° 1134 (QL), 2014 CarswellNat 6196 (WL Can.), qui a annulé une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur, 2013 CanLII 4408, [2013] T.C.C.E. n° 4 (QL), 2013 CarswellNat 6771 (WL Can.). Pourvoi accueilli, la juge Côté est dissidente.

*Jan E. Brongers et Michael Taylor*, pour l'appellant.

*Michael Kaylor et Jennifer Klinck*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown rendu par

LE JUGE BROWN —

**I. Introduction**

[1] L'hiver, le hockey fait la joie des petits et des grands<sup>1</sup>. Chaque jour, d'un bout à l'autre du pays,

<sup>1</sup> [TRADUCTION] « En été, les parties de cricket au village font la joie des petits et des grands » (*Miller c. Jackson*, [1977] 1 Q.B. 966 (C.A.), p. 976, le lord Denning, maître des rôles).

all ages take to ice rinks and frozen ponds daily to shoot pucks at the net. Often the puck is stopped or turned aside by a goaltender blocking it with a blocker or catching it with a catcher. This is notoriously difficult business.<sup>2</sup> The goaltender's attention must remain fixed on the play, and not on off-ice matters. His or her focus must not drift to thoughts of the crowd, missed shots or taunts from opponents. And, certainly, the goaltender should strain to avoid being distracted by the question before the Court in this appeal — being whether, for customs tariff classification purposes, he or she blocks and catches the puck with a “glove, mitten or mitt”, or with an “article of plastics”.

[2] Having considered this question, the Canadian International Trade Tribunal (“CITT”) concluded that certain blockers and catchers imported by the respondent Igloo Vikski Inc. were each classifiable as a “glove, mitten or mitt”. The Federal Court of Appeal, however, held that those blockers and catchers are also classifiable, *prima facie*, as “articles of plastics”. It referred the matter back to the CITT so that it could apply what the Court of Appeal considered the appropriate analysis for resolving duplicative *prima facie* classifications. For the reasons that follow, I am of the respectful view that, in so doing, the Federal Court of Appeal erred. I would therefore allow the appeal and restore the decision of the CITT.

## II. Overview of Facts and Proceedings

### A. *Background*

#### (1) Canada's System of Tariff Classification

[3] This appeal presents the Court's first opportunity to consider the *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36, which implements Canada's obligations as a party to the *International Convention on the Harmonized Commodity Description and Coding*

<sup>2</sup> Ken Dryden, *The Game* (1983).

d'innombrables joueurs de tous âges profitent des patinoires et étangs gelés pour s'exercer à lancer la rondelle dans le filet. Souvent, le disque est arrêté ou dévié de sa trajectoire par un gardien à l'aide d'un gant bloqueur ou d'un gant attrape-rondelle. Comme on le sait, ce n'est pas une mince affaire<sup>2</sup>. Le gardien doit se concentrer sur le jeu, et non sur ce qui se passe de l'autre côté de la bande. Il ne doit penser ni à la foule, ni aux tirs ratés, ni aux provocations des joueurs de l'équipe adverse. Et, certainement, il ne devrait pas se laisser distraire par la question dont la Cour est saisie en l'espèce, à savoir si, aux fins du classement visant à déterminer le tarif des douanes applicable, il utilise des « gants, des mitaines ou des moufles » ou des « matières plastiques » pour arrêter les tirs.

[2] Le Tribunal canadien du commerce extérieur (« TCCE ») est arrivé à la conclusion que certains gants bloqueurs et gants attrape-rondelles importés par Igloo Vikski Inc., intimée en l'espèce, devaient être classés comme des « gants, mitaines ou moufles ». Cependant, la Cour d'appel fédérale a conclu que ces articles paraissaient également devoir être classés comme des « matières plastiques ». Elle a renvoyé l'affaire au TCCE pour qu'il applique ce qui, selon elle, constituait la bonne analyse pour trancher les cas de marchandises qui paraissent devoir être classées dans plus d'une position. Pour les motifs qui suivent, j'estime que la Cour d'appel fédérale a fait erreur. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir l'appel et de rétablir la décision du TCCE.

## II. Résumé des faits et de l'instance

### A. *Contexte*

#### (1) Système canadien de classement pour l'application du tarif douanier

[3] Le présent pourvoi donne pour la première fois l'occasion à la Cour d'examiner le *Tarif des douanes*, L.C. 1997, c. 36, qui met en œuvre les obligations du Canada comme partie à la *Convention internationale sur le Système harmonisé de désignation et*

<sup>2</sup> Ken Dryden, *The Game* (1983).

*System*, Can. T.S. 1988 No. 38. The *Convention* governs the Harmonized Commodity Description and Coding System (the “Harmonized System”) by which approximately 5,000 commodity groups of imported goods are classified.

[4] The Harmonized System was developed by the World Customs Organization, an intergovernmental body of which Canada is a member. To foster stability and predictability in classification practices internationally, it is used as a standard tariff classification system by all parties to the *Convention*, including Canada: see *Customs Tariff*, s. 10(1) and the Schedule thereto. At the same time, it permits states parties to set their own rates of duty on those goods in conformance to their individual international trade obligations: M. Prabhu, *Canada’s Laws on Import and Export: An Overview* (2014), at p. 79.

[5] The Harmonized System uses an eight-digit classification system for tariff classifications, which is incorporated into the Schedule to the *Customs Tariff*. That system proceeds, within sections of the Schedule, from general to specific classifications via chapters, headings, subheadings and tariff items. For example, within Section I (“Live Animals; Animal Products”) is found the eight-digit tariff item No. 0302.13.40, applicable to fresh or chilled sockeye salmon. The first two digits of that tariff item (03) denote the item as falling within Chapter 3 (“Fish and Crustaceans, Molluscs and Other Aquatic Invertebrates”); the first four digits (03.02) denote the heading (“Fish, fresh or chilled, excluding fish fillets . . .”); the first six digits (0302.13) denote the subheading (“Pacific Salmon”); and the full eight-digit tariff item denotes the specific good (“Sockeye”).

[6] The Schedule to the *Customs Tariff* also contains “General Rules for the Interpretation of the Harmonized System”. Section 10(1) of the *Customs Tariff* directs that “the classification of imported goods under a tariff item shall, unless otherwise

*de codification des marchandises*, R.T. Can. 1988 n° 38. La *Convention* régit le Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises (le « Système harmonisé ») qui préside au classement d’environ 5000 groupes de marchandises importées.

[4] Conçu par l’Organisation mondiale des douanes, un organisme intergouvernemental auquel le Canada a adhéré, le Système harmonisé favorise la stabilité et la prévisibilité en matière de classement à l’échelle internationale. Il fait office de norme pour le classement des marchandises dans les dispositions tarifaires pour toutes les parties à la *Convention*, dont le Canada (voir le *Tarif des douanes*, par. 10(1) et annexe), mais permet aux États parties d’établir leurs propres taux de droits de douane applicables à ces marchandises selon leurs propres obligations commerciales internationales (M. Prabhu, *Canada’s Laws on Import and Export : An Overview* (2014), p. 79).

[5] Le Système harmonisé est un système à huit chiffres qui régit le classement des marchandises en vue de l’application du tarif douanier. Il figure en annexe au *Tarif des douanes*. Il procède, au sein des diverses sections de l’annexe, du général au spécifique, soit des chapitres aux positions, sous-positions et numéros tarifaires. Par exemple, dans la section I (« Animaux vivants et produits du règne animal »), se trouve le numéro tarifaire 0302.13.40 qui s’applique au saumon rouge frais ou réfrigéré. Les deux premiers chiffres du numéro tarifaire (03) indiquent que l’article relève du chapitre 3 (« Poissons et crustacés, mollusques et autres invertébrés aquatiques »); les quatre premiers (03.02) correspondent à la position « Poissons frais ou réfrigérés, à l’exception des filets de poissons et autre chair de poissons . . . »; les six premiers chiffres (0302.13) correspondent à la sous-position « Saumons du Pacifique »; le numéro tarifaire à huit chiffres correspond à la marchandise spécifique (« Rouge »).

[6] L’annexe au *Tarif des douanes* présente également les « Règles générales pour l’interprétation du Système harmonisé ». Aux termes du par. 10(1) du *Tarif des douanes*, « le classement des marchandises importées dans un numéro tarifaire est effectué, sauf

provided, be determined in accordance with the General Rules”.

[7] The General Rules are comprised of six rules governing the classification of goods under the Harmonized System. According to the jurisprudence of the Federal Court of Appeal and the CITT, these rules are to be applied in a “cascading” fashion. As I explain below, however, the term “cascading” does not quite describe their application. While it is the case that the General Rules are to be applied in a set order, it is more helpful to understand that order as a function of a hierarchy rather than a cascade: Prabhu, at p. 82.

[8] In addition to the Harmonized System and the General Rules, the *Explanatory Notes to the Harmonized Commodity Description and Coding System* (5th ed. 2012) published and amended from time to time by the World Customs Organization also inform the classification of imported goods. Specifically, s. 11 of the *Customs Tariff* provides that, in interpreting the headings and subheadings employed by the Harmonized System, “regard shall be had” to the *Explanatory Notes*. While, therefore, the *Explanatory Notes* (unlike the Harmonized System and the General Rules themselves) are not binding, they must be at least considered in determining the classifications of goods imported into Canada.

## (2) Facts of This Appeal

[9] Between November 2003 and December 2005, Igloo Vikski imported six models of ice hockey goaltender gloves, comprising three models of “blockers” (designed to be worn on the same hand used by the goaltender to hold his or her hockey stick) and three models of “catchers” (designed to be worn on the goaltender’s other hand). Externally, the gloves are composed of various types of textiles and plastics, bound together by stitching. While the inner padding of the blockers consists mainly of plastic, the inner padding of the catchers is composed of both plastic and textiles.

[10] The Canada Border Services Agency (“CBSA”) classified the gloves under tariff item No. 6216.00.00 as “[g]loves, mittens [or] mitts”.

indication contraire, en conformité avec les Règles générales ».

[7] Les Règles générales, au nombre de six, régissent le classement des marchandises en fonction du Système harmonisé. Selon la jurisprudence de la Cour d’appel fédérale et du TCCE, ces règles s’appliquent « en cascade ». Comme je l’expliquerai, le terme « en cascade » ne décrit cependant pas tout à fait le processus. Certes, les Règles générales s’appliquent dans un ordre prédéterminé, mais cet ordre relève plus de la hiérarchie que de la cascade (Prabhu, p. 82).

[8] Outre le Système harmonisé et les Règles générales, les *Notes explicatives du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises* (5<sup>e</sup> éd. 2012) et leurs modifications, publiées par l’Organisation mondiale des douanes, éclairent le classement des marchandises importées. Ainsi, l’art. 11 du *Tarif des douanes* dispose que, pour l’interprétation des positions et sous-positions du Système harmonisé, « il est tenu compte » des *Notes explicatives*. Si les *Notes explicatives* — contrairement au Système harmonisé et aux Règles générales — ne sont pas impératives, il faut à tout le moins les prendre en considération dans le classement des marchandises importées au Canada.

## (2) Faits

[9] Entre novembre 2003 et décembre 2005, Igloo Vikski a importé six modèles de gants de gardien de but pour le hockey sur glace, à savoir trois modèles de « gants bloqueurs » (conçus pour être portés par le gardien dans la main qui tient le bâton) et trois modèles de « gants attrape-rondelles » (conçus pour être portés dans l’autre main). Les composants extérieurs des gants sont confectionnés de diverses matières textiles et plastiques cousues ensemble. Si le rembourrage des gants bloqueurs est surtout composé de plastique, celui des gants attrape-rondelles est fait des deux matières.

[10] L’Agence des services frontaliers du Canada (l’« ASFC ») a classé les gants dans le numéro tarifaire 6216.00.00, qui correspond à « [g]ants,

Igloo Vikski applied for a refund of a portion of the duties paid on these gloves, arguing they should have been classified under tariff item 9506.99.90, which applies to various types of sporting equipment. In response, the CBSA issued re-determinations under s. 59(1)(a) of the *Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Suppl.), stating that the gloves could not be classified as proposed by Igloo Vikski. It further affirmed that four models of the gloves were properly classified under tariff item 6216.00.00, while the two other models should be classified under tariff item 3926.20.92 as mittens or non-disposable gloves.

[11] Igloo Vikski then requested a further re-determination pursuant to s. 60(1) of the *Customs Act*, arguing that all of the gloves should be classified under tariff item 3926.20.92, the heading of which (39.26) refers to “[o]ther articles of plastics and articles of other materials of headings 39.01 to 39.14”. The CBSA rejected this request for re-classification, determining this time that five of the gloves were properly classified under tariff item 6216.00.00, while the remaining model was classified under tariff item 3926.20.92. Igloo Vikski appealed the CBSA’s classification decisions to the CITT.

#### B. *Decision of the CITT*

[12] The CITT dismissed Igloo Vikski’s appeal: 2013 CanLII 4408. Relying upon the Explanatory Note to heading 39.26, it interpreted heading 39.26 as capturing only articles of apparel or clothing accessories made by sewing or sealing sheets of plastic together. The same tribunal member had adopted this interpretation in another case involving the customs classification of hockey gloves, and followed that reasoning in this case: see *Sher-Wood Hockey Inc. v. Canada (Border Services Agency, President)* (2011), 15 T.T.R. (2d) 336. Since the gloves at issue were not made by sewing or sealing sheets of plastic together, the CITT concluded they were not classifiable under heading 39.26.

mitaines et moufles ». Igloo Vikski a demandé le remboursement d’une portion des droits payés pour l’importation de ces gants au motif qu’ils auraient dû être classés dans le numéro tarifaire 9506.99.90, qui concerne divers articles de sport. L’ASFC a par la suite procédé à une révision en vertu de l’al. 59(1)a de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, c. 1 (2<sup>e</sup> suppl.), et a conclu que les gants ne pouvaient être classés dans le numéro proposé par Igloo Vikski. Elle a également confirmé le classement de quatre modèles de gants dans le numéro tarifaire 6216.00.00 et conclu que les deux autres devaient être classés dans le numéro tarifaire 3926.20.92, à savoir comme moufles (mitaines) ou gants non jetables.

[11] Igloo Vikski a alors demandé le réexamen de la décision, en vertu du par. 60(1) de la *Loi sur les douanes*, au motif cette fois-ci que tous les gants devaient être classés dans le numéro tarifaire 3926.20.92. La position 39.26 correspond à « [a]utres ouvrages en matières plastiques et ouvrages en autres matières des n<sup>os</sup> 39.01 à 39.14 ». L’ASFC a rejeté la demande de réexamen du classement et a confirmé, cette fois, le classement de cinq des gants dans le numéro tarifaire 6216.00.00 et conclu au classement du dernier modèle dans le numéro tarifaire 3926.20.92. Igloo Vikski a interjeté appel auprès du TCCE des décisions de l’ASFC relatives au classement.

#### B. *Décision du TCCE*

[12] Le TCCE a rejeté l’appel interjeté par Igloo Vikski (2013 CanLII 4408). Sur le fondement de la Note explicative accompagnant la position 39.26, il a conclu que cette dernière ne s’applique qu’aux vêtements et accessoires du vêtement confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles. La membre de ce tribunal avait déjà adopté cette interprétation dans une autre affaire portant sur le classement de gants de hockey aux fins de détermination du tarif et a repris le même raisonnement en l’espèce (voir *Sher-Wood Hockey Inc. c. President of the Canada Border Service Agency*, 2011 CarswellNat 7160 (WL Can.)). Les gants en question n’étant pas confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles, le TCCE a conclu qu’ils ne pouvaient être classés dans la position 39.26.

[13] The CITT then considered whether the gloves were classifiable under heading 62.16. While it found that they conformed to the type of goods (“[g]loves, mittens [or] mitts”) described in that heading, it recognized that the Explanatory Note to heading 62.16 directed it to apply the General Rules if the articles contained non-textile material that constituted “more than mere trimming”. Since the hockey gloves contained plastic padding that was more than mere trimming, the CITT applied Rule 2(b) of the General Rules (which, as I will explain, applies where a good consists of a mixture of more than one substance), which led the CITT to “extend the scope” of the heading in order to classify the goods as “[g]loves, mittens [or] mitts” (paras. 74-75 and 77). It therefore affirmed the CBSA’s classification and dismissed the appeal.

### C. *Federal Court of Appeal*

[14] The Federal Court of Appeal (Scott J.A.; Pelletier and Near J.J.A. concurring) allowed Igloo Vikski’s appeal: 2014 FCA 266. Applying the standard of review of reasonableness, it found the CITT’s decision to be unreasonable because it misapplied the General Rules and contained logical contradictions.

[15] More particularly, the Court of Appeal found that the CITT had erred by stating that the goods must meet the description of a heading by applying Rule 1 before Rule 2(b) can be used to extend that heading to cover goods made of mixed substances. It said that this contradicted the “cascading” nature of the General Rules: para. 11 (CanLII). In the Court of Appeal’s view, because the gloves were made of mixed substances, once the CITT concluded that the goods did not meet the description of the heading in 39.26, it should have applied Rule 2(b) of the General Rules to extend that heading to cover the hockey gloves. Then, because the goods were *prima facie* classifiable under both headings 39.26 and 62.16, Rule 3 (which, as discussed below, is employed to resolve the classification of goods which are *prima facie* classifiable under two or more headings) should have been

[13] Le TCCE s’est ensuite demandé si les gants pouvaient être classés dans la position 62.16. Il a conclu que même si les gants correspondaient aux termes de la position (« [g]ants, mitaines et moufles »), suivant la Note explicative accompagnant la position 62.16, il faut appliquer les Règles générales si les vêtements comportent des matériaux non textiles qui « excèdent le rôle de simples garnitures ». Puisque les gants de hockey comportent du rembourrage en plastique qui excède le rôle de simples garnitures, le TCCE a appliqué la Règle 2b) des Règles générales (qui, comme je l’expliquerai, s’applique lorsqu’un ouvrage est constitué de plus d’une matière), ce qui a mené le TCCE à « étendre la portée » de la position « [g]ants, mitaines [ou] moufles » de manière à y inclure les articles (par. 74-75 et 77). Il a ainsi confirmé le classement effectué par l’ASFC et rejeté l’appel.

### C. *Cour d’appel fédérale*

[14] La Cour d’appel fédérale (le juge Scott avec l’appui des juges Pelletier et Near) a accueilli l’appel interjeté par Igloo Vikski (2014 CAF 266). Ayant appliqué la norme de la décision raisonnable, elle a conclu au caractère déraisonnable de la décision du TCCE parce qu’il avait mal appliqué les Règles générales et que ses motifs comportaient des contradictions sur le plan de la logique.

[15] Tout particulièrement, selon la Cour d’appel, le TCCE s’était trompé en affirmant que les articles devaient correspondre aux termes d’une position en application de la Règle 1 avant que n’intervienne la Règle 2b) pour étendre la portée de cette position de manière à y inclure les matières mélangées. Elle a conclu qu’une telle démarche allait à l’encontre de la structure « en cascade » des Règles générales (par. 11 (CanLII)). À son avis, comme les gants étaient faits de matières mélangées, le TCCE, après avoir déterminé que les marchandises ne correspondaient pas aux termes de la position 39.26, aurait dû appliquer la Règle 2b) des Règles générales pour étendre la portée de la position de manière à y inclure les gants de hockey. Ensuite, comme les marchandises paraissaient devoir être classées dans deux positions, soit 39.26 et 62.16, il aurait fallu appliquer la Règle 3 (qui, comme nous

employed to determine the proper classification of the gloves. The Court of Appeal therefore remitted the matter back to the CITT so that it could undertake that Rule 3 analysis.

### III. Analysis

#### A. *Standard of Review*

[16] The Federal Court of Appeal has uniformly held, and neither party disputes, that the standard of review applicable to a tariff classification decision of the CITT is reasonableness: see, e.g., *Minister of National Revenue v. Yves Ponroy Canada* (2000), 259 N.R. 38 (F.C.A.), at para. 4; *Cycles Lambert Inc. v. Canada (Border Services Agency)*, 2015 FCA 45, 469 N.R. 313, at paras. 18-19; *Canada (Border Services Agency) v. SAF-HOLLAND Canada Ltd.*, 2014 FCA 3, 456 N.R. 174, at para. 5.

[17] I agree that reasonableness is the applicable standard of review here. As the Federal Court of Appeal has noted, the CITT has specific expertise in interpreting “the very complex customs tariff and the international and national rules for its interpretation”: *Star Choice Television Network Inc. v. Canada (Customs and Revenue Agency)*, 2004 FCA 153, at para. 7 (CanLII). The questions of law at issue in this appeal are of “a very technical nature” which the CITT will often be better equipped than a reviewing court to answer: *Minister of National Revenue (Customs and Excise) v. Schrader Automotive Inc.* (1999), 240 N.R. 381 (F.C.A.), at para. 5.

[18] Reasonableness review is concerned with the reasonableness of the substantive outcome of the decision, and with the process of articulating that outcome. The reasoning must exhibit “justification, transparency and intelligibility within the decision-making process”: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 47. The substantive outcome and the reasons, considered together, must serve the purpose of showing whether the result falls within a range of possible outcomes: *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury*

le verrons, entre en jeu dans ce type de cas) pour déterminer le classement des gants. La Cour d’appel a renvoyé l’affaire au TCCE pour qu’il reprenne l’analyse et applique cette fois la Règle 3.

### III. Analyse

#### A. *Norme de contrôle*

[16] La Cour d’appel fédérale a conclu à l’unanimité que la norme de contrôle applicable à une décision du TCCE en matière de classement visant à déterminer le tarif applicable est celle de la décision raisonnable, et les parties ne le contestent pas (voir p. ex. *Canada (Ministre du Revenu national) c. Yves Ponroy Canada*, 2000 CanLII 15801 (C.A.F.), par. 4; *Cycles Lambert Inc. v. Canada (Border Services Agency)*, 2015 CAF 45, par. 18-19 (CanLII); *Canada (Agence des services frontaliers) c. SAF-HOLLAND Canada Ltd.*, 2014 CAF 3, par. 5 (CanLII)).

[17] Je conviens que la norme applicable en l’espèce est celle de la décision raisonnable. Comme le souligne la Cour d’appel fédérale, le TCCE jouit d’une expertise spécialisée dans « l’interprétation du tarif douanier, lequel est fort complexe, ainsi que les principes internationaux et nationaux qui en régissent l’interprétation » (*Réseau de télévision Star Choice Inc. c. Canada (Agence des douanes et du revenu)*, 2004 CAF 153, par. 7 (CanLII)). Les questions de droit que soulève l’instance sont « très technique[s] ». Le TCCE est souvent mieux outillé qu’une cour de révision pour les trancher (*Canada (Ministre du Revenu national) c. Schrader Automotive Inc.*, 1999 CanLII 7719 (C.A.F.), par. 5).

[18] Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable s’intéresse au caractère raisonnable du résultat concret de la décision ainsi qu’au raisonnement qui l’a produit. Le raisonnement doit démontrer « la justification de la décision, [. . .] la transparence et [. . .] l’intelligibilité du processus décisionnel » (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 47). Le résultat concret et les motifs, examinés ensemble, doivent servir à démontrer que le résultat appartient aux issues possibles (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Nerre-et-Labrador (Conseil du Trésor)*,

*Board*), 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at para. 14. While the adequacy of a tribunal's reasons is not on its own a discrete basis for judicial review, the reasons should "adequately explain the bases of [the] decision": *Newfoundland Nurses*, at para. 18, quoting from *Canada Post Corp. v. Public Service Alliance of Canada*, 2010 FCA 56, [2011] 2 F.C.R. 221, at para. 163 (per Evans J.A., dissenting), rev'd 2011 SCC 57, [2011] 3 S.C.R. 572.

### B. *The Structure of the General Rules*

[19] This appeal ultimately turns on the application of the General Rules when determining the classification of goods under the Harmonized System. The General Rules operate as follows.

[20] The classification exercise begins with Rule 1, which directs that the classification of goods must initially be determined with reference only to the headings within a chapter, as well as any applicable Section or Chapter Notes.<sup>3</sup>

[21] Classification may be determinable on an application of Rule 1 alone. For example, if one wished to import a live cow into Canada, the cow would be classified under heading 01.02 ("Live bovine animals") based solely on Rule 1. There would be no need to consider the other Rules when determining the appropriate classification of the cow. It is, therefore, only where Rule 1 does not conclusively determine the classification of the good that the other General Rules become relevant to the classification process: see, e.g., *Helly Hansen Leisure Canada Inc. v. Canada Border Services Agency*, 2009 FCA 345, 397 N.R. 323, at para. 17; *Canada Customs and Revenue Agency v. Agri Pack*, 2005 FCA 414, 345 N.R. 1, at para. 41; *Funtastic Ltd. v. Chief Executive Officer of Customs*, [2008] AATA 528, at para. 48 (AustLII).

<sup>3</sup> Rule 1 states:

The titles of Sections, Chapters and sub-Chapters are provided for ease of reference only; for legal purposes, classification shall be determined according to the terms of the headings and any relative Section or Chapter Notes and, provided such headings or Notes do not otherwise require, according to the following provisions.

2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 14). Si l'insuffisance des motifs d'un tribunal administratif ne justifie pas à elle seule le contrôle judiciaire, il faut néanmoins que les motifs « expliquent de façon adéquate le fondement de sa décision » (*Newfoundland Nurses*, par. 18, citant *Société canadienne des postes c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, 2010 CAF 56, [2011] 2 R.C.F. 221, par. 163 (le juge Evans, dissident), inf. par 2011 CSC 57, [2011] 3 R.C.S. 572).

### B. *Économie des Règles générales*

[19] En fin de compte, le présent pourvoi porte sur l'application des Règles générales lorsqu'il s'agit de déterminer le classement de marchandises selon le Système harmonisé. Suit une description de la procédure relative aux Règles générales.

[20] L'exercice commence par la Règle 1, suivant laquelle le classement des marchandises se fait initialement selon les termes des positions d'un chapitre, ainsi que toute Note de Section ou de Chapitre applicable<sup>3</sup>.

[21] Il est possible de déterminer le classement d'une marchandise par la seule application de la Règle 1. Par exemple, aux fins d'importation au Canada, une vache vivante serait classée dans la position 01.02 (« Animaux vivants de l'espèce bovine ») sur le fondement exclusif de la Règle 1. Nul besoin d'appliquer les autres Règles pour déterminer le classement de la vache. C'est donc seulement lorsque la Règle 1 ne permet pas d'arrêter de manière concluante le classement d'une marchandise qu'il faudra recourir aux autres Règles générales (voir p. ex. *Helly Hansen Leisure Canada Inc. c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2009 CAF 345, par. 17 (CanLII); *Canada (Agence des douanes et du revenu) c. Agri Pack*, 2005 CAF 414, par. 41 (CanLII); *Funtastic Ltd. c. Chief Executive Officer of Customs*, [2008] AATA 528, par. 48 (AustLII)).

<sup>3</sup> La Règle 1 est ainsi libellée :

Le libellé des titres de Sections, de Chapitres ou de Sous-Chapitres est considéré comme n'ayant qu'une valeur indicative, le classement étant déterminé légalement d'après les termes des positions et des Notes de Sections ou de Chapitres et, lorsqu'elles ne sont pas contrares aux termes desdites positions et Notes, d'après les Règles suivantes.

[22] In some cases, applying Rule 1 alone does not settle the classification of a good. Where the goods are unfinished or where they are comprised of a mix of materials or substances (and where no heading specifically describes the unfinished or composite good as such),<sup>4</sup> Rule 2 is applied in conjunction with Rule 1 to determine the *prima facie* classification of such goods.

[23] Rule 2 is a deeming provision. Rule 2(a) deems unfinished goods to be finished goods, and directs that they be classified using Rule 1 as if they were goods in a complete or finished state.<sup>5</sup> Explanatory Notes (III) and (V) to Rule 1 elaborate upon this process:

(III) The second part of [Rule 1] provides that classification shall be determined:

- (a) according to the terms of the headings and any relevant Section or Chapter Notes, and
- (b) where appropriate, **provided the headings or Notes do not otherwise require**, according to the provisions of Rules 2, 3, 4, and 5.

. . .

(V) In provision (III) (b):

- (a) The expression “provided such headings or Notes do not otherwise require” is intended to make it quite clear that the terms of the headings and any relative Section or Chapter Notes are paramount, i.e., they are the first consideration in determining classification.

<sup>4</sup> An example of a heading that specifically describes an unfinished good is 64.06 (“Parts of footwear”), and an example of a heading that specifically describes a composite good is 59.06 (“Rubberized textile fabrics”). Where a good falls within one of those headings, there would be no need to apply Rule 2, as the heading specifically contemplates the incomplete or composite nature of the good in question. Rule 1’s direction that the classification of goods should be determined according to the terms of the headings therefore suffices.

<sup>5</sup> Rule 2(a) states:

Any reference in a heading to an article shall be taken to include a reference to that article incomplete or unfinished, provided that, as presented, the incomplete or unfinished article has the essential character of the complete or finished article. It shall also be taken to include a reference to that article complete or finished (or falling to be classified as complete or finished by virtue of this rule), presented unassembled or disassembled.

[22] Il arrive parfois que la Règle 1 ne permette pas à elle seule de déterminer le classement d’une marchandise. Dans le cas d’un article non fini ou fait d’un mélange de matières — qui n’est pas déjà prévu expressément par les termes d’une position<sup>4</sup> — il faut appliquer la Règle 2 en tandem avec la Règle 1 pour déterminer la position dans laquelle la marchandise paraît devoir être classée.

[23] La Règle 2 crée une présomption. La Règle 2a) assimile l’article non fini à l’article fini et dispose qu’il est classé en application de la Règle 1 comme s’il s’agissait d’un article complet ou fini<sup>5</sup>. Les Notes explicatives III) et V) accompagnant la Règle 1 donnent les précisions suivantes :

III) La deuxième partie de la Règle [1] prévoit que le classement est déterminé :

- a) d’après les libellés des positions et des Notes de Sections ou de Chapitres, et
- b) au besoin, **lorsqu’elles ne sont pas contraires aux termes des dites positions et Notes**, d’après les dispositions des Règles 2, 3, 4 et 5.

. . .

V) Dans la disposition III) b) :

- a) La phrase *lorsqu’elles ne sont pas contraires aux termes des dites positions et Notes* est destinée à préciser, sans laisser d’équivoque, que les termes des positions et des Notes de Sections ou de Chapitres l’emportent, pour la détermination du classement, sur toute autre

<sup>4</sup> Par exemple, les termes de la position 64.06 prévoient un article non fini (« Parties de chaussures »), et ceux de la position 59.06, un article composite « Tissus caoutchoutés ». Si un article peut être classé dans l’une de ces deux positions, il n’est pas nécessaire d’appliquer la Règle 2, car les termes de la position tiennent expressément compte de la nature incomplète ou composite de l’article en question. La directive énoncée à la Règle 1 selon laquelle le classement d’un article est déterminé d’après les termes des positions suffit donc.

<sup>5</sup> La Règle 2a) est ainsi rédigée :

Toute référence à un article dans une position déterminée couvre cet article même incomplet ou non fini à la condition qu’il présente, en l’état, les caractéristiques essentielles de l’article complet ou fini. Elle couvre également l’article complet ou fini, ou à considérer comme tel en vertu des dispositions qui précèdent, lorsqu’il est présenté à l’état démonté ou non monté.

For example, in Chapter 31, the Notes provide that certain headings relate **only** to particular goods. Consequently those headings cannot be extended to include goods which otherwise might fall there by reason of the operation of Rule 2 (b).

- (b) The reference to Rule 2 in the expression “according to the provisions of Rules 2, 3, 4 and 5” means that:
- (1) goods presented incomplete or unfinished (e.g., a bicycle without saddle and tyres), and
  - (2) goods presented unassembled or disassembled (e.g., a bicycle, unassembled or disassembled, all components being presented together) whose components could individually be classified in their own right (e.g., tyres, inner tubes) or as “parts” of those goods,

are to be classified as if they were those goods in a complete or finished state, **provided the terms of Rule 2 (a) are satisfied and the headings or Notes do not otherwise require.** [Emphasis in original.]

The effect of these Explanatory Notes is two-fold. They reiterate that Rule 1 requires that the headings and Section or Chapter Notes are the first consideration in determining classification. And, they explain that Rule 2(a) requires that incomplete goods are classified based on the headings and Section or Chapter Notes as if they were completed goods (assuming they are not classifiable under Rule 1 as falling within a heading that specifically describes unfinished goods).

[24] Rule 2(b) applies where a good consists of a mixture of more than one substance, and states that a reference to goods of a given material or substance in a heading shall be taken to include goods consisting

considération. Par exemple, au Chapitre 31, les Notes disposent que certaines positions ne couvrent *que* des marchandises déterminées. Il en résulte que la portée de ces positions ne peut être élargie pour couvrir les marchandises qui, autrement, en relèveraient par application de la Règle 2 b).

- b) Le renvoi à la Règle 2 dans l’expression « d’après les dispositions des Règles 2, 3, 4 et 5 » signifie que :
- 1) les marchandises présentées à l’état incomplet ou non fini (une bicyclette sans selle et sans pneumatiques, par exemple), et
  - 2) les marchandises présentées à l’état démonté ou non monté (une bicyclette, à l’état démonté ou non monté, tous ses composants étant présentés ensemble, par exemple), dont les composants pourraient, à titre individuel, être classés à leurs positions propres (les pneumatiques, les chambres à air, par exemple) ou en tant que parties de cette marchandise,

doivent être classées comme présentées à l’état complet ou fini, **pour autant que les dispositions de la Règle 2 a) soient satisfaites et qu’elles ne soient pas contraires aux termes desdites positions et Notes.** [En italique et en caractère gras dans l’original.]

Les Notes explicatives ont un double effet. Elles rappellent que, suivant la Règle 1, les termes des positions et des Notes de Sections ou de Chapitres constituent la première considération dans la détermination du classement. En outre, elles précisent qu’aux termes de la Règle 2a), le classement des articles incomplets est déterminé selon les termes des positions et des Notes de Sections ou de Chapitres comme si ces articles étaient complets (si toutefois les articles ne sont pas déjà classés, par application de la Règle 1, dans une position décrivant expressément des articles non finis).

[24] La Règle 2b) s’applique lorsqu’il s’agit de déterminer le classement d’un article fait d’un mélange de matières. Elle dispose que la mention dans une position d’ouvrages en une matière déterminée

wholly or partly of such material or substance.<sup>6</sup> This Rule therefore applies in conjunction with Rule 1 to determine the heading(s) under which the composite good is *prima facie* classifiable.

[25] Explanatory Notes (XI) to (XIII) to Rule 2(b) explain the effect of this Rule:

- (XI) The effect of the Rule is to extend any heading referring to a material or substance to include mixtures or combinations of that material or substance with other materials or substances. The effect of the Rule is also to extend any heading referring to goods of a given material or substance to include goods consisting partly of that material or substance.
- (XII) It does not, however, widen the heading so as to cover goods which cannot be regarded, as required under Rule 1, as answering the description in the heading; this occurs where the addition of another material or substance deprives the goods of the character of goods of the kind mentioned in the heading.
- (XIII) As a consequence of this Rule, mixtures and combinations of materials or substances, and goods consisting of more than one material or substance, if *prima facie* classifiable under two or more headings, must therefore be classified according to the principles of Rule 3.

[26] In brief, Rule 2(b) deems the reference in a heading to a material or substance to be a reference to a combination of that material or substance with other materials or substances. This is, however, subject to the *caveat* in Explanatory Note (XII) that Rule 2(b) does not extend (“widen”) a heading so as to cover goods which cannot be regarded as

<sup>6</sup> Rule 2(b) states:

Any reference in a heading to a material or substance shall be taken to include a reference to mixtures or combinations of that material or substance with other materials or substances. Any reference to goods of a given material or substance shall be taken to include a reference to goods consisting wholly or partly of such material or substance. The classification of goods consisting of more than one material or substance shall be according to the principles of Rule 3.

se rapporte aux ouvrages constitués entièrement ou partiellement de cette matière<sup>6</sup>. On applique cette Règle en tandem avec la Règle 1 pour déterminer la position (ou les positions) dans laquelle l’article composite paraît devoir être classé.

[25] Les Notes explicatives XI) à XIII) accompagnant la Règle 2b) expliquent ainsi l’effet de cette dernière :

- XI) L’effet de la Règle est d’étendre la portée des positions qui mentionnent une matière déterminée de manière à y inclure cette matière mélangée ou bien associée à d’autres matières. Cet effet est également d’étendre la portée des positions qui mentionnent des ouvrages en une matière déterminée de manière à y inclure ces ouvrages partiellement constitués de cette matière.
- XII) Elle n’élargit cependant pas la portée des positions qu’elle concerne jusqu’à pouvoir y inclure des articles qui ne répondent pas, ainsi que l’exige la Règle 1, aux termes des libellés de ces positions, ce qui est le cas lorsque l’adjonction d’autres matières ou substances a pour effet d’enlever à l’article le caractère d’une marchandise reprise dans ces positions.
- XIII) Il s’ensuit que des matières mélangées ou associées à d’autres matières, et des ouvrages constitués par deux matières ou plus sont susceptibles de relever de deux positions ou plus, et doivent dès lors être classés conformément aux dispositions de la Règle 3.

[26] Bref, la Règle 2b) assimile la mention d’une matière dans une position à la mention de cette matière mélangée à d’autres. Toutefois, la Note explicative XII) vient préciser que la Règle 2b) n’étend (« élargit ») pas la portée d’une position jusqu’à pouvoir y inclure des articles ne répondant pas aux termes du libellé de la position. Par conséquent, le

<sup>6</sup> La Règle 2b) est ainsi libellée :

Toute mention d’une matière dans une position déterminée se rapporte à cette matière soit à l’état pur, soit mélangée ou bien associée à d’autres matières. De même, toute mention d’ouvrages en une matière déterminée se rapporte aux ouvrages constitués entièrement ou partiellement de cette matière. Le classement de ces produits mélangés ou articles composites est effectué suivant les principes énoncés dans la Règle 3.

answering the description in the heading. The mixed or composite good is therefore “described” by that heading unless the addition of the other material or substance would deprive the good of the character of goods of the kind described in the heading.

[27] Applied conjunctively, Rules 1 and 2 determine the heading(s) under which an unfinished or (as here) a composite good is *prima facie* classifiable. If, having applied Rules 1 and 2, the good is *prima facie* classifiable under only one heading, then the inquiry ends and the good is classified under that heading. If, however, the good is *prima facie* classifiable under more than one heading — either because it is described by more than one heading under Rule 1 or because it is *prima facie* classifiable under more than one heading by applying Rules 1 and 2 together — then Rule 3 applies, by operation of Rule 2(b), to resolve the classification dispute.<sup>7</sup> Rule 3(a) states that, where by application of Rule 2(b) or for any other reason, goods are *prima facie* classifiable under two or more headings, then the heading with the most

produit mélangé ou l’article composite « répond » aux termes du libellé de la position, à moins que l’adjonction d’une autre matière ou substance n’enlève à l’article le caractère d’une marchandise reprise dans la position.

[27] Appliquées en tandem, les Règles 1 et 2 permettent de déterminer la position (ou les positions) dans laquelle un article non fini ou composite — comme en l’espèce — paraît devoir être classé. Si l’application des Règles 1 et 2 aboutit à une seule position, l’article est classé dans cette position et l’analyse prend fin. Or, si une marchandise paraît devoir être classée dans plus d’une position, parce que la marchandise correspond aux termes de plus d’une position lorsqu’on applique la Règle 1 ou parce qu’elle paraît devoir être classée dans plus d’une position lorsqu’on applique les Règles 1 et 2, il faut appliquer la Règle 3, comme le prévoit la Règle 2b), pour résoudre le conflit<sup>7</sup>. Aux termes de la Règle 3a), si une marchandise paraît devoir être classée dans plus d’une position par application de la Règle 2b) ou dans tout autre cas, la

<sup>7</sup> Rule 3 states:

When by application of Rule 2 (b) or for any other reason, goods are, *prima facie*, classifiable under two or more headings, classification shall be effected as follows:

- (a) The heading which provides the most specific description shall be preferred to headings providing a more general description. However, when two or more headings each refer to part only of the materials or substances contained in mixed or composite goods or to part only of the items in a set put up for retail sale, those headings are to be regarded as equally specific in relation to those goods, even if one of them gives a more complete or precise description of the goods.
- (b) Mixtures, composite goods consisting of different materials or made up of different components, and goods put up in sets for retail sale, which cannot be classified by reference to [Rule] 3 (a), shall be classified as if they consisted of the material or component which gives them their essential character, insofar as this criterion is applicable.
- (c) When goods cannot be classified by reference to [Rule] 3 (a) or 3 (b), they shall be classified under the heading which occurs last in numerical order among those which equally merit consideration.

<sup>7</sup> La Règle 3 est ainsi libellée :

Lorsque des marchandises paraissent devoir être classées sous deux ou plusieurs positions par application de la Règle 2 b) ou dans tout autre cas, le classement s’opère comme suit :

- a) La position la plus spécifique doit avoir la priorité sur les positions d’une portée plus générale. Toutefois, lorsque deux ou plusieurs positions se rapportent chacune à une partie seulement des matières constituant un produit mélangé ou un article composite ou à une partie seulement des articles dans le cas de marchandises présentées en assortiments conditionnés pour la vente au détail, ces positions sont à considérer, au regard de ce produit ou de cet article, comme également spécifiques même si l’une d’elles en donne par ailleurs une description plus précise ou plus complète.
- b) Les produits mélangés, les ouvrages composés de matières différentes ou constitués par l’assemblage d’articles différents et les marchandises présentées en assortiments conditionnés pour la vente au détail, dont le classement ne peut être effectué en application de la Règle 3 a), sont classés d’après la matière ou l’article qui leur confère leur caractère essentiel lorsqu’il est possible d’opérer cette détermination.
- c) Dans le cas où les Règles 3 a) et 3 b) ne permettent pas d’effectuer le classement, la marchandise est classée dans la position placée la dernière par ordre de numérotation parmi celles susceptibles d’être valablement prises en considération.

specific description is to be preferred. If applying Rule 3(a) does not resolve the classification (because the headings are equally specific), Rule 3(b) provides that classification must occur according to the material or component that gives the goods their essential character. And, if that does not lead to a single classification, then Rule 3(c) states that the goods must be classified under the heading which occurs last in numerical order among those under consideration.

[28] If the application of Rules 1, 2 and 3 does not lead to the classification of a good under a single heading, Rule 4 provides a failsafe “likeness” rule, by which the good is classified under the heading that is appropriate to the good to which it is “most akin”.<sup>8</sup> Rule 5 deals with classification of cases and packing materials, and is not relevant to this appeal. Rule 6 applies once goods are classified under a heading, and directs the application of the General Rules when classifying goods under a subheading within that heading. Again, that concern does not arise here.

[29] The General Rules are commonly described as “cascading” in nature: see, e.g., *Agri Pack*, at para. 14; *Canada Border Services Agency v. Outils Gladu Inc.*, 2009 FCA 215, 393 N.R. 58, at para. 7. But this metaphor does not quite capture how the General Rules are to be applied. A “cascade” tends to suggest that the analysis progresses in a single, sequential direction — for example, first, to Rule 1, then (where Rule 1 fails to resolve the matter) to Rule 2, without returning to Rule 1. While the General Rules are hierarchical in the sense that any classification exercise must begin with Rule 1 (since Explanatory Note (V) to Rule 1 describes its classification methodology as “paramount”), Rule 1, as I have explained, does not lose all relevance where Rule 2 is applied. Nor is it an error to consider whether a good meets the description of a heading — that is, to apply Rule 1 — when Rule 2 is also applied. Indeed, Rule 2 would have no purpose were

<sup>8</sup> Rule 4 provides:

Goods which cannot be classified in accordance with the above Rules shall be classified under the heading appropriate to the goods to which they are most akin.

position la plus spécifique a la priorité. Si le conflit de classement ne se résout pas par application de la Règle 3a) (aucune position n’étant plus spécifique que les autres), la Règle 3b) intervient. Elle dispose que le classement s’effectue selon la matière ou l’article qui confère aux produits mélangés leur caractère essentiel. Et s’il n’en résulte pas un classement unique, il faut appliquer la Règle 3c), selon laquelle la marchandise est classée dans la position placée la dernière par ordre de numérotation parmi celles qui sont prises en considération.

[28] Si l’application des Règles 1, 2 et 3 n’aboutit pas au classement d’un article dans une seule position, la Règle 4, qui prévoit que les marchandises sont classées dans la position afférente aux articles « les plus analogues », permettra de trancher la question<sup>8</sup>. La Règle 5 porte sur le classement des étuis et contenants et n’est pas pertinente pour le présent pourvoi. La Règle 6 régit le classement dans une sous-position suivant les Règles générales. La question ne se pose pas non plus en l’espèce.

[29] On dit couramment des Règles générales qu’elles sont structurées « en cascade » (voir p. ex. *Agri Pack*, par. 14; *Outils Gladu Inc. c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2009 CAF 215, par. 7 (CanLII)). Cependant, cette métaphore ne décrit pas vraiment la manière dont les Règles s’appliquent. Une « cascade » rend l’idée d’une analyse linéaire — par exemple, on commence par la Règle 1, puis (si le classement ne peut être déterminé par application de cette disposition), on passe à la Règle 2, sans revenir à la première. Si les Règles générales sont hiérarchiques en ce sens que tout exercice de classement débute par la Règle 1 (vu la Note explicative V) accompagnant la Règle 1 qui précise que les méthodologies de classement de cette dernière « l’emportent »), cette disposition n’est pas écartée par l’application de la Règle 2, comme je l’ai expliqué. De plus, il n’est pas erroné de se demander si une marchandise correspond aux termes d’une

<sup>8</sup> La Règle 4 est ainsi libellée :

Les marchandises qui ne peuvent pas être classées en vertu des Règles visées ci-dessus sont classées dans la position afférente aux articles les plus analogues.

it not applied in conjunction with Rule 1, since its function is to guide the application of Rule 1 when the good in question is incomplete or a composite of different materials. Where Rule 2 applies, it applies together with Rule 1 to identify the heading(s) under which an incomplete or composite good can be *prima facie* classified. The terms of the heading(s) and any relevant Section or Chapter Notes are thereby applied to the incomplete or composite good as if it were a complete or uniform good, and it is classified as such: see, e.g., *Rona Corporation Inc. v. Canada (Border Services Agency)* (2008), 12 T.T.R. (2d) 295, at pp. 300 et seq.; *Primaplas Pty. Ltd. v. Chief Executive Officer of Customs*, [2016] FCAFC 40, at para. 51 (AustLII).

### C. *The CITT's Reasoning*

[30] As the Federal Court of Appeal has noted, the *Customs Tariff* bears little resemblance to ordinary legislation and care must be taken when reviewing decisions of the CITT interpreting its unique and complex scheme:

[The *Customs Tariff*] is legislation of such a specialized nature and expressed in terms that have so little to do with traditional legislation that for all practical purposes the court is being asked to give legal meaning to technical words that are well beyond its customary mandate. Furthermore, there are unique Canadian and international rules of interpretation applicable to the Customs Tariff that bear little resemblance to the traditional canons of statutory construction. Therefore, considerable deference should be accorded to the Tribunal's decisions and litigants who appeal tariff decisions to this court should be aware that they have a tough hill to climb. [*Schrader Automotive*, at para. 5]

Considerable prudence must therefore be exercised when reviewing the CITT's interpretation and application of the *Customs Tariff*.

[31] The CITT considered whether the gloves could be classified under heading 62.16 (as determined

position — c'est-à-dire appliquer la Règle 1 — en appliquant la Règle 2. En fait, la deuxième n'aurait aucune utilité sans la première, car elle sert à éclairer l'application de la Règle 1 dans les cas où un article est incomplet ou composé de diverses matières. Dans les cas où la Règle 2 s'applique, c'est en tandem avec la Règle 1 pour déterminer la position (ou les positions) dans laquelle un article incomplet ou composite paraît devoir être classé. Il faut appliquer les termes des positions et des Notes de Section ou de Chapitre à l'article non fini ou composite comme s'il s'agit d'un article fini ou fait de matière à l'état pur et le classer comme tel (voir p. ex. *Rona Corporation Inc. c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2008 CanLII 13335, par. 15 et suiv.; *Primaplas Pty. Ltd. c. Chief Executive Officer of Customs*, [2016] FCAFC 40, par. 51 (AustLII).

### C. *Motifs du TCCE*

[30] Comme la Cour d'appel fédérale le fait remarquer, le *Tarif des douanes* ne ressemble guère aux lois ordinaires. Il faut donc contrôler avec précaution les décisions du TCCE qui interprètent ce régime particulier et complexe. Pour reprendre ses propos :

[Le *Tarif des douanes*] est une loi [. . .] très technique. Elle porte sur un domaine tellement spécialisé et elle est rédigée dans des termes qui ont tellement peu à voir avec le libellé des lois traditionnelles, qu'à toutes fins pratiques, la demande faite à la Cour consiste à donner un sens juridique à des mots techniques qui débordent complètement son mandat habituel. De plus, il existe des règles d'interprétation canadiennes et internationales uniques, applicables au Tarif des douanes, qui sont fort différentes des règles d'interprétation traditionnelles. En conséquence, il faut faire preuve de beaucoup de retenue à l'égard des décisions du Tribunal. Les plaideurs qui interjettent appel devant la Cour d'une décision touchant le tarif doivent être conscients qu'ils devront surmonter des obstacles imposants. [*Schrader Automotive*, par. 5]

Par conséquent, une grande prudence est de mise dans l'examen de l'interprétation et de l'application par le TCCE du *Tarif des douanes*.

[31] Le TCCE s'est demandé si les gants pouvaient être classés dans la position 62.16 (comme l'ASFC

by the CBSA) or heading 39.26 (as submitted by Igloo Vikski). Igloo Vikski had argued that the classification must be resolved using Rule 3(b) which, as the preceding discussion shows, would necessarily require that the hockey gloves were *prima facie* classifiable under *both* headings 62.16 and 39.26 — that is, as gloves, mittens or mitts, *and* as articles of plastics.

[32] The CITT found that the hockey gloves met the description of heading 62.16 as “[g]loves, mittens and mitts”. It went on to consider whether the Explanatory Note to heading 62.16 should direct it to consider any other Rule when classifying the goods (paras. 49-50). Before doing so, however, it first addressed Igloo Vikski’s arguments relating to heading 39.26.

[33] Igloo Vikski had conceded before the CITT that the gloves were not *prima facie* classifiable under heading 39.26 using Rule 1 alone (para. 54). Instead, it argued that the gloves were *prima facie* classifiable under heading 39.26 using a combination of Rules 1 and 2(b). To be clear, I do not view this concession as binding Igloo Vikski in any legal sense, but rather as an acknowledgement of the obvious fact that the gloves — which are composed of a mixture of plastics and textiles — are not composed solely of plastics and are therefore not classifiable under heading 39.26 using Rule 1 alone.

[34] The CITT rejected Igloo Vikski’s argument, stating that the Explanatory Note to heading 39.26 precluded the gloves from being *prima facie* classifiable under that heading. The relevant portion of the Explanatory Note to heading 39.26 states:

This heading covers articles, not elsewhere specified or included, of plastics (as defined in Note 1 to the Chapter) or of other materials of headings 39.01 to 39.14.

l’avait décidé) ou dans la position 39.26 (comme Igloo Vikski a fait valoir). Selon Igloo Vikski, il fallait appliquer la Règle 3b) pour déterminer le classement. Comme le démontre ce qui précède, il faudrait dans ce cas que les gants de hockey paraissent devoir être classés *à la fois* dans la position 62.16 et dans la position 39.26 — c’est-à-dire comme gants, mitaines ou moufles *et* comme matières plastiques.

[32] Le TCCE a conclu que les gants de hockey répondaient aux termes de la position 62.16 (« [g]ants, mitaines et moufles »). Il a ensuite consulté la Note explicative accompagnant la position 62.16 pour voir s’il devait tenir compte d’une autre Règle pour déterminer le classement de ces marchandises (par. 49-50). Toutefois, il a auparavant examiné les arguments d’Igloo Vikski intéressant la position 39.26.

[33] Igloo Vikski a concédé devant le TCCE que les gants ne paraissaient pas devoir être classés dans la position 39.26 par la seule application de la Règle 1 (par. 54). Or, selon elle, les gants paraissaient devoir être classés dans la position 39.26 par application combinée des Règles 1 et 2b). Par souci de clarté, permettez-moi de préciser qu’à mon avis, Igloo Vikski n’est pas liée sur le plan juridique par cette concession; elle énonçait plutôt une évidence, à savoir que les gants, qui sont composés à la fois de matières plastiques et de matières textiles, ne sont pas composés seulement de matières plastiques et ne pouvaient donc être classés dans la position 39.26 par seule application de la Règle 1.

[34] Le TCCE a rejeté l’argument d’Igloo Vikski, estimant que si l’on tient compte de la Note explicative accompagnant la position 39.26, on ne peut conclure que les gants paraissent devoir être classés dans cette position. Les passages pertinents de la Note explicative sont ainsi libellés :

La présente position couvre les ouvrages non dénommés ni compris ailleurs en matières plastiques (tels qu’ils sont définis à la Note 1 du présent Chapitre) ou en autres matières des n<sup>os</sup> 39.01 à 39.14. Sont donc notamment compris ici :

They include:

- (1) Articles of apparel and clothing accessories (**other than** toys) made by sewing or sealing sheets of plastics, e.g., aprons, belts, babies' bibs, raincoats, dress-shields, etc. Detachable plastic hoods remain classified in this heading if presented with the plastic raincoats to which they belong. [Emphasis in original.]

The Explanatory Note goes on to list 11 more examples of what is included in heading 39.26, none of which is relevant to this appeal.

[35] The CITT interpreted this Explanatory Note to mean that an article of apparel and clothing accessories may only be classified in this heading if it is made by sewing or sealing sheets of plastic together (para. 55). The gloves at issue were not made by sewing or sealing sheets of plastic together (para. 56). Therefore, despite the presence of plastics in the gloves, Rule 2(b) could not be used to extend heading 39.26 to cover the gloves because the Explanatory Note precluded their classification under this heading (paras. 61 and 66-67).

[36] The CITT then returned to heading 62.16. As I have already noted, the Explanatory Note to heading 62.16 states that the presence of additional materials in the goods does not affect their classification in this heading so long as the additional materials do not constitute "more than mere trimming". Where additional materials constitute more than mere trimming, the Explanatory Note directs that classification proceed according to the General Rules.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> The Explanatory Note to heading 62.16 states:

The classification of goods in this Chapter is not affected by the presence of parts or accessories of, for example, knitted or crocheted fabrics, furskin, feather, leather, plastics or metal. Where, however, the presence of such materials constitutes **more than mere trimming** the articles are classified in accordance with the relative Chapter Notes (particularly Note 4 to Chapter 43 and Note 2 (b) to Chapter 67, relating to the presence of furskin and feathers, respectively), or failing that, according to the General Interpretive Rules. [Emphasis in original.]

- 1) Les vêtements et accessoires du vêtement (**autres que** les jouets) confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles, notamment les tabliers, les ceintures, les bavoirs pour bébés, les imperméables et les dessous-de-bras. Les capuchons amovibles en matières plastiques, présentés avec les imperméables en matières plastiques auxquels ils sont destinés, restent classés dans la présente position. [En caractère gras dans l'original.]

La Note explicative énumère 11 autres exemples d'articles classés dans la position 39.26. Aucun de ces exemples n'est pertinent dans le présent pourvoi.

[35] Selon le TCCE, il faut interpréter la Note explicative ainsi : un vêtement ou un accessoire du vêtement n'est classé dans la position que s'il est confectionné par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles (par. 55). Les gants en question ne sont pas confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles (par. 56). Par conséquent, même si les gants comportent des matières plastiques, la Règle 2b) ne peut servir à élargir la portée de la position 39.26 de manière à y inclure les gants, car la Note explicative fait obstacle à leur classement dans cette position (par. 61 et 66-67).

[36] Le TCCE s'est penché à nouveau sur la position 62.16. Comme je l'ai signalé, la Note explicative accompagnant la position 62.16 précise que les autres matières que comportent les articles n'influent pas sur le classement dans cette position, à moins que les parties « excèdent le rôle de simples garnitures ». Suivant la Note explicative, si d'autres matières excèdent le rôle de simples garnitures, le classement s'effectue conformément aux Règles générales<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> La Note explicative accompagnant la position 62.16 est ainsi libellée :

Les articles du présent Chapitre peuvent comporter des parties ou accessoires : en bonneterie, en matière plastique, en cuir, en pelleteries, en métal, en plumes, par exemple. Toutefois, lorsque ces parties **excèdent** le rôle de simples garnitures, les vêtements et accessoires du vêtement sont classés conformément aux Notes spéciales des Chapitres (voir, en particulier, la Note 4 du Chapitre 43 et la Note 2 b) du Chapitre 67 en ce qui concerne respectivement la présence de pelleteries et de parties en plumes) ou, à défaut, conformément aux Règles générales interprétatives. [En caractère gras dans l'original.]

[37] Having already found that the hockey gloves met the description of heading 62.16, the CITT recognized that the Explanatory Note directed it to apply Rule 2(b) to assess whether that heading could be extended to cover the gloves notwithstanding the inclusion of plastic materials, since they constituted more than mere trimming (para. 71). It considered Explanatory Note (XII) to Rule 2(b), observing that “Rule 2 (b) does not allow extending the terms of a heading to the point where Rule 1 is ignored” (para. 79), but ultimately concluded — employing the language of Explanatory Note (XII) — that “the presence of the plastic components in the goods in issue does not deprive them of their character as gloves of textile fabrics” (para. 81). The gloves were not *prima facie* classifiable as articles of plastics under heading 39.26, but they were classifiable under heading 62.16 as gloves, mittens or mitts. And, since heading 62.16 was the *only* heading under which the gloves were *prima facie* classifiable, the CITT held that this was the appropriate classification for the gloves, and it dismissed Igloo Vikski’s appeal.

#### D. *The Alleged Errors*

[38] The Federal Court of Appeal identified what it considered to be errors in the CITT’s reasoning which, it said, renders the decision unreasonable. Specifically, it held that the CITT had misapplied the General Rules by requiring that a good be described by a heading using Rule 1 before Rule 2 can be applied. Igloo Vikski adopts this argument on appeal, and also says that the CITT misinterpreted the Explanatory Note to heading 39.26.

##### (1) Misapplication of the General Rules

[39] The Federal Court of Appeal held that the CITT misapplied the General Rules by requiring as “a prerequisite condition to the application of Rule 2(b) that the goods in issue need first to meet the description in a heading pursuant to Rule 1” (para. 11). It also found that the CITT had erred by failing to apply Rule 2(b) to extend heading 39.26 to

[37] Le TCCE, ayant conclu que les gants de hockey correspondaient aux termes de la position 62.16, a reconnu qu’il fallait, conformément à la Note explicative, appliquer la Règle 2b) pour déterminer s’il était possible d’étendre la portée de la position de manière à y inclure les gants, même s’ils comportaient des matières plastiques, car celles-ci excédaient le rôle de simples garnitures (par. 71). À propos de la Note explicative XII) accompagnant la Règle 2b), il a signalé que « la Règle 2 b) ne permet pas d’étendre la portée du libellé d’une position jusqu’à exclure la Règle 1 » (par. 79), mais a fini par conclure, en reprenant le libellé de la Note explicative XII), que « la présence de matières plastiques dans les marchandises en cause n’a pas pour effet d’enlever leur caractère de gants en matières textiles » (par. 81). Les gants ne paraissaient pas devoir être classés dans la position 39.26 (matières plastiques); ils pouvaient cependant être classés dans la position 62.16 (gants, mitaines et moufles). Vu que la position 62.16 était la *seule* dans laquelle les gants paraissaient devoir être classés, le TCCE, concluant que c’était le bon classement, a rejeté l’appel interjeté par Igloo Vikski.

#### D. *Erreurs soulevées*

[38] La Cour d’appel fédérale a soulevé ce qui, selon elle, constitue des erreurs dans le raisonnement du TCCE qui, à son avis, ont pour effet de rendre la décision déraisonnable. Plus précisément, elle était d’avis que le TCCE avait mal interprété les Règles générales en estimant qu’il fallait appliquer la Règle 1 et déterminer si l’article correspond aux termes d’une position, avant d’appliquer la Règle 2. Igloo Vikski a fait sien cet argument en appel et fait aussi valoir que le TCCE a mal interprété la Note explicative accompagnant la position 39.26.

##### (1) Application erronée des Règles générales

[39] De l’avis de la Cour d’appel fédérale, le TCCE a mal appliqué les Règles générales, « puisqu’aucune condition préalable à l’application de la Règle 2b) n’exige que les marchandises en cause doivent premièrement correspondre à la description de la position visée en vertu de la Règle 1 » (par. 11). Selon elle, le TCCE avait également commis une erreur en

cover the gloves, and that the CITT's decision was therefore unreasonable.

[40] In reaching this decision, the Federal Court of Appeal in my respectful view misapprehended the structure of the General Rules. More precisely, it did not appreciate the conjunctive nature of the application of Rules 1 and 2 to a determination of the heading(s) under which a good is *prima facie* classifiable.

[41] As I have already explained, Rules 1 and 2 are not mutually exclusive classification rules. Rule 1 simply provides that classification must be done according to the headings and relevant Section and Chapter Notes. Rule 2 deems that certain references in headings include unfinished goods or goods composed of different materials. Where Rule 2 applies, it informs the content of the headings by which Rule 1 directs that the appropriate classification is to be determined.

[42] While in some respects the CITT's reasons lack perfect clarity, reasonableness review does not require perfection. The CITT's decision is reasonable if its reasons "allow the reviewing court to understand why the tribunal made its decision and permit it to determine whether the conclusion is within the range of acceptable outcomes": *Newfoundland Nurses*, at para. 16.

[43] My review of the CITT's reasons satisfies me that they meet this standard. Those reasons show:

1. The CITT considered whether the gloves fell within either heading 62.16 (as "[g]loves, mittens and mitts") or heading 39.26 (as "articles of plastics"), and it found that they met the description of heading 62.16.
2. The CITT recognized that the Explanatory Note directed it to Rule 2(b) because of the presence of plastics in the gloves constituting more than mere trimming.

omettant d'appliquer la Règle 2b) pour étendre la portée de la position 39.26 de manière à y inclure les gants. La décision de la TCCE était donc déraisonnable.

[40] Soit dit en tout respect, ce faisant, la Cour d'appel fédérale a mal saisi l'économie des Règles générales. Plus précisément, elle n'a pas compris que les Règles 1 et 2 doivent être appliquées en tandem lorsqu'il s'agit de déterminer dans quelle position (ou positions) un article paraît devoir être classé.

[41] Comme je l'ai expliqué, les Règles 1 et 2 ne s'excluent pas l'une l'autre. La Règle 1 prévoit simplement que le classement est déterminé d'après les termes des positions et des Notes de Sections ou de Chapitres pertinentes. La Règle 2 assimile le renvoi à un article complet dans une position à un renvoi à un article non fini ou constitué de matières diverses. Lorsque la Règle 2 s'applique, elle vient éclairer les termes des positions d'après lesquels le classement doit s'effectuer en application de la Règle 1.

[42] Certes, à certains égards les motifs du TCCE ne sont pas parfaitement limpides, mais le contrôle selon la norme de la décision raisonnable n'exige pas la perfection. La décision du TCCE est raisonnable si ses motifs « permettent à la cour de révision de comprendre le fondement de la décision du tribunal et de déterminer si la conclusion fait partie des issues possibles » (*Newfoundland Nurses*, par. 16).

[43] Mon analyse des motifs du TCCE me convainc qu'ils répondent à ce critère. Ils démontrent les éléments suivants :

1. Le TCCE s'est demandé si les gants pouvaient être classés dans la position 62.16 (« [g]ants, mitaines et moufles ») ou dans la position 39.26 (« matières plastiques ») et a conclu qu'ils répondaient aux termes de la position 62.16.
2. Le TCCE a reconnu qu'aux termes de la Note explicative, il devait appliquer la Règle 2b), car les gants comportaient des parties en matière plastique qui excédaient le rôle de simples garnitures.

3. In considering whether the goods met the description of heading 39.26 as articles of plastics, the CITT concluded — having reference to the Explanatory Note to heading 39.26 — that only items of clothing or accessories which were made by sewing or sealing sheets of plastic together could be classified under heading 39.26. As the gloves could not meet the description in the heading, so understood, there was therefore no basis for applying Rule 2(b) to extend that heading.

[44] This is a reasonable application of the General Rules. Further, the Federal Court of Appeal erred in supposing that Rule 2(b) can be applied to extend the scope of a heading to include a particular good where no part of that good falls within the heading. While Rule 2(b) deems a reference in a heading to a material to include a mixture of that material with other substances, the Section, Chapter Notes, and Explanatory Notes still apply when classifying that good as if it were made exclusively of the material referenced by the heading. Yet, the Federal Court of Appeal’s statement that “it is not a prerequisite condition to the application of Rule 2(b) that the goods in issue need first to meet the description in a heading pursuant to Rule 1” (para. 11) implicitly suggests otherwise, as does my colleague, Côté J. This is because it holds open the possibility that a good could be classified by operation of Rule 2(b) under a heading (here, heading 39.26), even though — when the Explanatory Note thereto or the relevant Section or Chapter Notes are accounted for — the good does not meet the description of the heading (as an “articl[e] of plastics”) and is therefore not *prima facie* classifiable under Rule 1.

[45] With respect, this reasoning is contrary to the application of the General Rules. For Rule 2(b) to apply, the goods under consideration must, in

3. Après avoir étudié la question de savoir si les marchandises répondaient aux termes de la position 39.26 et constituaient des matières plastiques, le TCCE est arrivé à la conclusion — sur le fondement de la Note explicative accompagnant la position 39.26 — que seuls les vêtements et accessoires du vêtement confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles relèvent de cette position. Comme les gants ne répondaient pas aux termes de cette position, comme il faut l’entendre, il n’y avait pas lieu d’appliquer la Règle 2b) pour étendre la portée de la position.

[44] Il s’agit d’une application raisonnable des Règles générales. En outre, la Cour d’appel fédérale a fait erreur en supposant que la Règle 2b) s’applique pour étendre la portée d’une position de manière à y inclure un article dont aucune partie ne peut y être classée. Si aux termes de la Règle 2b) la mention d’une matière dans une position est assimilée à la mention de cette matière mélangée ou associée à d’autres matières, il demeure que les Notes de Sections ou de Chapitres et les Notes explicatives s’appliquent au classement de l’article comme s’il était constitué à l’état pur de la matière mentionnée dans la position. Et pourtant, l’affirmation de la Cour d’appel fédérale selon laquelle « aucune condition préalable à l’application de la Règle 2b) n’exige que les marchandises en cause doivent premièrement correspondre à la description de la position visée en vertu de la Règle 1 » (par. 11) indique implicitement le contraire, comme l’estime également ma collègue, la juge Côté. En effet, suivant cette affirmation, une marchandise pourrait être classée par application de la Règle 2b) dans une position (en l’occurrence la position 39.26), même si, compte tenu de la Note explicative accompagnant cette position ou les Notes de Section ou de Chapitre pertinentes, la marchandise ne répond pas aux termes de la position (il ne s’agit pas d’une « matière[e] plastiqu[e] ») et ne paraît donc pas devoir être classée dans cette position conformément à la Règle 1.

[45] Soit dit en tout respect, ce raisonnement est contraire à la bonne application des Règles générales. Pour que la Règle 2b) s’applique, la marchandise

accordance with Rule 1, meet the description contained in that heading in whole or in part (once the relevant Chapter, Section, or Explanatory Notes are taken into account) — in this case, as “[g]loves, mittens [or] mitts” under heading 62.16, or as “articles of plastics” under heading 39.26. To be clear, a good *must* be described in whole or in part by a heading — even if it may ultimately not be classified under that heading because of its unfinished or composite nature — before Rule 2 can be applied. This is consistent with the process of reasoning applied by the CITT to this case, and the reasonableness of its decision is unassailable on this basis.

(2) Misinterpretation of the Explanatory Note to Heading 39.26

[46] This leaves Igloo Vikski’s objection to the CITT’s interpretation of the Explanatory Note to heading 39.26. Igloo Vikski says that the CITT’s interpretation was unreasonable because it transformed language of “inclusion” into language of “exclusion”. It submits that this error led the CITT to treat heading 39.26 differently from heading 62.16, thereby resulting in an unreasonable decision as a whole.

[47] I do not agree. While an alternate interpretation to that given by the CITT to the Explanatory Note is available, this does not mean that the CITT’s interpretation was necessarily unreasonable.

[48] Certainly, the Explanatory Note to heading 39.26 contains inclusive language. Having stated that the heading covers articles “of other materials of headings 39.01 to 39.14”, it then proceeds to describe those “other materials”:

They include:

- (1) Articles of apparel and clothing accessories (**other than** toys) made by sewing or sealing sheets of plastics, e.g., aprons, belts, babies’ bibs, raincoats, dress shields, . . . . [Emphasis in original.]

en question doit, conformément à la Règle 1, répondre aux termes de la position, en tout ou en partie (compte tenu des Notes explicatives ou des Notes de Chapitre ou de Section pertinentes), en l’occurrence, correspondre à des « [g]ants, mitaines [ou] mouffles » (position 62.16) ou à des « matières plastiques » (position 39.26). Précisons qu’il *faut* d’abord que l’article réponde, en tout ou en partie, aux termes d’une position — même si en dernière analyse il pourrait être classé dans une autre position en raison de son état non fini ou composite — avant que n’intervienne la Règle 2. Le raisonnement du TCCE en l’espèce va dans le même sens. Le caractère raisonnable de sa décision est donc inattaquable sur ce plan.

(2) Interprétation erronée de la Note explicative accompagnant la position 39.26

[46] Reste l’objection formulée par Igloo Vikski contre l’interprétation par le TCCE de la Note explicative accompagnant la position 39.26. Igloo Vikski prétend que cette interprétation est déraisonnable au motif qu’elle transforme des termes d’« inclusion » en termes d’« exclusion ». L’intimée fait valoir que cette erreur a amené le TCCE à traiter différemment les positions 39.26 et 62.16, ce qui s’est traduit par une décision déraisonnable dans l’ensemble.

[47] Je ne suis pas d’accord. Le fait qu’une autre interprétation de la Note explicative est possible ne rend pas celle du TCCE déraisonnable pour autant.

[48] Certes, la Note explicative accompagnant la position 39.26 est rédigée en termes d’« inclusion ». Elle dispose que la position couvre les ouvrages « en autres matières des n<sup>os</sup> 39.01 à 39.14 » et décrit ensuite ces « autres matières » :

Sont donc notamment compris ici :

- 1) Les vêtements et accessoires du vêtement (**autres que** les jouets) confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles, notamment les tabliers, les ceintures, les bavoirs pour bébés, les imperméables et les dessous-de-bras. . . [En caractère gras dans l’original.]

[49] The Explanatory Note *overall* begins with inclusive language (“[t]hey include”), but para. (1) of the Note *specifically* does not. The examples listed in para. (1) (“e.g., aprons, belts, . . .”) illustrate the types of articles that meet the criteria of “[a]rticles of apparel and clothing accessories . . . made by sewing or sealing sheets of plastics”. The addition of such examples does not, however, render those criteria non-exhaustive. In *Sher-Wood*, the CITT interpreted para. (1) as exclusive in nature — that is, only those articles of clothing or accessories which can meet the general description in para. (1) are classifiable under heading 39.26. In this case, the CITT adopted the same interpretation (para. 55), meaning that only articles of clothing or accessories made by sewing or sealing sheets of plastic together may be classified under heading 39.26, because that is the only type of clothing or accessories described. This led ultimately to the CITT’s conclusion that it could not use Rule 2(b) to extend heading 39.26 to cover the gloves (paras. 55 and 66-69): *even if* the gloves were comprised entirely of plastics, they could not be classified under heading 39.26 as they were not made by sewing or sealing sheets of plastic together.

[50] While another interpretation of the effect of the inclusive language preceding the list of 12 items in the Explanatory Note was available to the CITT (specifically, that it directs that the description contained within each list item is non-exclusive, as well as the list itself), the CITT’s interpretation is far from unreasonable. Even accepting that the term “include” typically denotes that a non-exhaustive list is to follow (*National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029, at p. 1041, per La Forest J.), which the CITT does not deny in its reasons, the non-exhaustive quality of each list item in this case can reasonably be seen as a distinct matter. It is reasonable to interpret that list item as stating exhaustively its own criteria — meaning, in this case, that if an article of clothing or accessories

[49] La Note explicative commence *globalement* par des termes généraux (« [s]ont donc notamment compris ici »), mais ce n’est pas le cas *particulier* du par. 1) de la Note. Les exemples énumérés au par. 1) (« notamment les tabliers, les ceintures . . . ») illustrent le type d’ouvrages correspondant aux critères de « vêtements et accessoires du vêtement [. . .] confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles ». L’ajout de ces exemples n’a pas pour effet de rendre ces critères non exhaustifs. Dans l’affaire *Sher-Wood*, le TCCE a conclu que le par. 1) est exclusif, c’est-à-dire que seuls les vêtements et accessoires du vêtement qui répondent aux termes généraux au par. 1) peuvent être classés dans la position 39.26. En l’espèce, le TCCE a adopté la même interprétation (par. 55) : seuls les vêtements et accessoires du vêtement confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles peuvent être classés dans la position 39.26, car c’est le seul type de vêtements ou d’accessoires du vêtement qui y est décrit. C’est ainsi que le TCCE a conclu qu’il ne pouvait appliquer la Règle 2b) pour étendre la portée de la position 39.26 de manière à y inclure les gants (par. 55 et 66-69), et ce *même si* les gants étaient confectionnés entièrement de matières plastiques, car ils n’étaient pas confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles.

[50] Quoiqu’une autre interprétation de l’effet des termes d’inclusion de la phrase liminaire précédant la liste de 12 éléments de la Note explicative ait été possible (à savoir que ces termes révélaient le caractère non exclusif à la fois de la liste et de ses éléments), celle du TCCE est loin d’être déraisonnable. Même si l’on accepte que le terme « notamment [compris] » indique généralement une liste non exhaustive (*Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029, p. 1041, le juge La Forest), ce que les motifs du TCCE ne démentent pas, on peut aussi raisonnablement estimer que le caractère exhaustif ou non de chaque élément de la liste en l’espèce constitue une question distincte. Il est raisonnable d’arriver à la conclusion que cet élément précis énonce un critère

is to be classified in heading 39.26, it must be made by sewing or sealing sheets of plastic together.

#### IV. Conclusion

[51] Read as a whole, the CITT's decision classifying the gloves under heading 62.16 was reasonable. The CITT neither misapplied the General Rules, nor interpreted heading 39.26 and its Explanatory Note in an unreasonable manner. I would allow the appeal and restore the classification decision of the CITT.

[52] The Attorney General of Canada is entitled to her costs in this Court and at the Federal Court of Appeal.

The following are the reasons delivered by

[53] CÔTÉ J. (dissenting) — I apply the same standard of review as my colleague Brown J., i.e. reasonableness, however, I disagree with his conclusion that the Canadian International Trade Tribunal's interpretation is reasonable. Indeed, I find that the Tribunal's decision falls well outside the range of reasonable interpretations. It is not justifiable because it contradicts the cascading nature of the General Rules for the Interpretation of the Harmonized System (comprised in the Schedule to the *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36), it is internally contradictory, and it interprets the World Customs Organization's *Explanatory Notes to the Harmonized Commodity Description and Coding System* in a manner that is irreconcilable with their words. Consequently, I would dismiss the appeal.

[54] At issue in the present appeal is the classification of five models of ice hockey goaltender gloves. Igloo Vikski Inc. ("Igloo Vikski") had initially contested the classification of six models of gloves. On further redetermination, however, the Canada Border

exhaustif — c'est-à-dire, en l'occurrence, que pour être classé dans la position 39.26, un vêtement ou un accessoire du vêtement doit être confectionné par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles.

#### IV. Conclusion

[51] Globalement, la décision du TCCE ayant classé les gants dans la position 62.16 était raisonnable. Le TCCE n'a pas mal appliqué les Règles générales ni donné au libellé de la position 39.26 et à sa Note explicative une interprétation déraisonnable. Je suis d'avis d'accueillir l'appel et de rétablir la décision du TCCE sur le classement.

[52] Le procureur général du Canada a droit aux dépens devant la Cour et devant la Cour d'appel fédérale.

Version française des motifs rendus par

[53] LA JUGE CÔTÉ (dissidente) — J'applique la norme de contrôle de la décision raisonnable, tout comme mon collègue, le juge Brown, mais je ne partage pas sa conclusion selon laquelle la décision du Tribunal canadien du commerce extérieur était raisonnable. En effet, j'estime que la décision du Tribunal ne fait aucunement partie des interprétations raisonnables. Elle n'est pas justifiable, car elle va à l'encontre de la nature dite « en cascade » des Règles générales pour l'interprétation du Système harmonisé (comprises dans l'annexe au *Tarif des douanes*, L.C. 1997, c. 36), elle est intrinsèquement contradictoire et elle fait des *Notes explicatives du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises* de l'Organisation mondiale des douanes une lecture qui est incompatible avec leur libellé. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter l'appel.

[54] La question en litige en l'espèce concerne le classement de cinq modèles de gants de gardiens de but pour le hockey sur glace. Igloo Vikski Inc. (« Igloo Vikski ») avait d'abord contesté le classement de six modèles. Toutefois, après avoir procédé

Services Agency (“CBSA”) reclassified one model (GBX5) as “Other articles of plastics” under tariff item No. 3926.20.92, which is titled “Mittens; Non-disposable gloves” and includes the item “Gloves, specially designed for use in sports”. The CBSA concluded that the remaining five models were properly classified under tariff item No. 6216.00.00, which is titled “Gloves, mittens and mitts”. Igloo Vikski appealed the classification of the remaining five models on the basis they should also be reclassified under tariff item No. 3926.20.92 as “Gloves, specially designed for use in sports”.

### I. Standard of Review

[55] The standard of review of reasonableness is applicable in this case since it is well established that the Canadian International Trade Tribunal is a highly specialized tribunal and the question before this Court falls within its expertise. As I will discuss below, the *Customs Tariff* is a technical piece of legislation that involves unique Canadian and international rules of interpretation (*Minister of National Revenue (Customs and Excise) v. Schrader Automotive Inc.* (1999), 240 N.R. 381 (F.C.A.), at para. 5). That being said, I wish to say a couple of things about reasonableness review that will be relevant to my review of the merits.

[56] My colleague acknowledges that reasonableness review is concerned with two aspects: “. . . the reasonableness of the substantive outcome of the decision, and . . . the process of articulating that outcome” (para. 18). These two aspects were described by a majority of this Court in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190:

A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency

à une révision, l’Agence des services frontaliers du Canada (l’« ASFC ») a reclassé un modèle de gants (GBX5) comme appartenant à la catégorie des « Autres ouvrages en matières plastiques », dans le numéro tarifaire 3926.20.92, intitulé « Mouffles (mitaines); Gants non jetables », qui comprend la catégorie « Gants, conçus spécialement pour usages sportifs ». L’ASFC a conclu que les cinq autres modèles avaient été classés à bon droit dans le numéro tarifaire 6216.00.00 (« Gants, mitaines et mouffles »). Igloo Vikski a interjeté appel du classement de ces cinq modèles, faisant valoir qu’ils auraient dû être classés aussi dans le numéro tarifaire 3926.20.92, à savoir « Gants, conçus spécialement pour usages sportifs ».

### I. Norme de contrôle

[55] La norme de contrôle de la décision raisonnable s’applique en l’espèce, car il est bien établi que le Tribunal canadien du commerce extérieur est un tribunal hautement spécialisé, et la question dont nous sommes saisis s’inscrit dans son domaine d’expertise. Comme je l’explique plus loin, le *Tarif des douanes* est une loi technique qui fait intervenir des règles d’interprétation uniques tant canadiennes qu’internationales (*Canada (Ministre du Revenu national) c. Schrader Automotive Inc.*, 1999 CanLII 7719 (C.A.F.), par. 5). Cela dit, je souhaite faire quelques commentaires à propos de la norme de contrôle de la décision raisonnable qui éclaireront mon analyse au fond.

[56] Mon collègue reconnaît que le contrôle selon la norme de la décision raisonnable s’intéresse à deux aspects : « . . . au caractère raisonnable du résultat concret de la décision ainsi qu’au raisonnement qui l’a produit » (par. 18). Ces deux aspects sont décrits par les juges majoritaires de la Cour dans l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 :

La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonnable. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu’à l’appartenance

and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law. [para. 47]

The majority in *Dunsmuir* further explained that deference under the reasonableness standard “does not mean that courts are subservient to the determinations of decision makers, or that courts must show blind reverence to their interpretations” (para. 48). An indefensible process of reasoning cannot be saved by the mere fact that the outcome itself may be, in the end, an available one. In *Dunsmuir*, the majority concluded that the decision was unreasonable because the reasoning process was “deeply flawed” and “relied on and led to a construction of the statute that fell outside the range of admissible statutory interpretations” (para. 72).

[57] Moreover, while reasonableness is a single standard of review, it takes its colour from the context (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 59) and “must be assessed in the context of the particular type of decision making involved and all relevant factors” (*Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, at para. 18). In the statutory context, for example, “[w]here the ordinary tools of statutory interpretation lead to a single reasonable interpretation and the administrative decision maker adopts a different interpretation, its interpretation will necessarily be unreasonable” (*McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at para. 38).

[58] In the present case, we are dealing with the interpretation of a statute that was enacted to implement the *International Convention on the Harmonized Commodity Description and Coding System*, Can. T.S. 1988 No. 38. The *Convention* is aimed at achieving uniformity and consistency in tariff classifications across jurisdictions and provides a set of rules the states parties must apply when classifying imported goods. The Attorney General states

de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. [par. 47]

Les juges majoritaires dans cette affaire expliquent par ailleurs que la déférence qui s'impose lors du contrôle selon la norme de la décision raisonnable ne signifie pas « que les cours de justice doivent s'incliner devant les conclusions des décideurs ni qu'elles doivent respecter aveuglément leurs interprétations » (par. 48). Un raisonnement indéfendable ne saurait être validé par le simple fait qu'au bout du compte, son issue faisait partie des options possibles. Dans *Dunsmuir*, les juges majoritaires concluent au caractère déraisonnable de la décision parce que le raisonnement qui l'a produit était « foncièrement défectueux » et « s'appuyait et débouchait sur une interprétation de la loi qui ne faisait pas partie des lectures acceptables » (par. 72).

[57] En outre, même si la norme de la décision raisonnable constitue une norme de contrôle unique, elle s'adapte au contexte (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 59), et « le caractère raisonnable de la décision s'apprécie dans le contexte du type particulier de processus décisionnel en cause et de l'ensemble des facteurs pertinents » (*Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, par. 18). En matière d'interprétation législative, par exemple, « [l]orsque les méthodes habituelles d'interprétation législative mènent à une seule interprétation raisonnable et que le décideur administratif en retient une autre, celle-ci est nécessairement déraisonnable » (*McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 38).

[58] La présente affaire porte sur l'interprétation de la loi de mise en œuvre de la *Convention internationale sur le Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises*, R.T. Can. 1988 n° 38. La *Convention* a pour objet d'assurer l'uniformité du classement tarifaire d'un pays à l'autre et prévoit des règles à l'intention des États parties pour le classement des marchandises importées. Le procureur général affirme que [TRADUCTION]

that “[t]hese rules are designed to ensure that each individual imported good is classified within one, and only one, heading and subheading. The signatories to the Convention recognized that it would be beneficial to have a common international system for classifying goods that can be used to establish customs tariffs and to compile trade statistics. In particular, such a system facilitates negotiations between nations on customs and tariffs” (A.F., at para. 6 (footnote omitted)). Given the *Convention parties’* intention of creating a uniform classification scheme, I find that the range of reasonable statutory interpretations in this context is narrow.

[59] My colleague points out that this appeal deals not with the interpretation of the *Customs Tariff*, but rather “the application of the General Rules when determining the classification of goods under the Harmonized System” (para. 19). The General Rules are part of the *Customs Tariff* (see s. 10(1) of the *Customs Tariff* and the Schedule), and they cannot be applied in this context without first being interpreted. My colleague’s discussion of the hierarchical rather than cascading nature of the General Rules at para. 29 suggests as much.

## II. Concession

[60] Before turning to the merits, I will first address the matter of Igloo Vikski’s concession. The Tribunal concluded that “Igloo Vikski conceded that the terms of heading No. 39.26 do not describe the goods in issue” (2013 CanLII 4408, at para. 66). My colleague, at para. 33, says that Igloo Vikski had conceded before the Tribunal “that the gloves were not *prima facie* classifiable under heading 39.26 using Rule 1 alone. Instead, it argued that the gloves were *prima facie* classifiable under heading 39.26 using a combination of Rules 1 and 2(b)” (citation omitted).

[61] The Tribunal member in the present case had previously considered the tariff classification of ice hockey skater gloves in a similar case, *Sher-Wood*

« [c]es règles sont conçues de sorte que chaque marchandise importée ne soit classée que dans une seule position et sous-position. Les signataires de la Convention reconnaissent l’utilité d’un système international commun de classement des marchandises qui permet d’établir des tarifs des douanes et des statistiques sur le commerce. Plus particulièrement, un tel système facilite les négociations entre les nations en matière de commerce et de tarifs » (m.a., par. 6 (note en bas de page omise)). Comme les parties à la *Convention* avaient l’intention de créer un régime de classement uniforme, je suis d’avis, à la lumière de ce contexte, que le nombre d’interprétations raisonnables est limité.

[59] Mon collègue indique que le présent pourvoi porte non pas sur l’interprétation du *Tarif des douanes*, mais sur « l’application des Règles générales lorsqu’il s’agit de déterminer le classement de marchandises selon le Système harmonisé » (par. 19). Les Règles générales font partie du *Tarif des douanes* (voir le par. 10(1) du *Tarif des douanes* et l’annexe) et, dans ce contexte, elles ne peuvent être appliquées sans d’abord être interprétées. C’est ce qui ressort de l’analyse à laquelle mon collègue procède au par. 29 de ses motifs, au sujet de la nature des Règles générales, qui s’appliquent à son avis de manière hiérarchique et non en cascade.

## II. Concession

[60] Avant de me pencher sur le fond du litige, je désire aborder la question de la concession faite par Igloo Vikski. Selon le Tribunal, « Igloo Vikski a reconnu que le libellé de la position n° 39.26 ne décrit pas les marchandises en cause » (2013 CanLII 4408, par. 66). Mon collègue affirme, au par. 33 de ses motifs, qu’Igloo Vikski a concédé devant le Tribunal « que les gants ne paraissaient pas devoir être classés dans la position 39.26 par la seule application de la Règle 1. Or, selon elle, les gants paraissaient devoir être classés dans la position 39.26 par application combinée des Règles 1 et 2b » (référence omise).

[61] La membre du Tribunal a examiné le classement visant à déterminer le tarif applicable aux gants de joueurs de hockey sur glace dans une

*Hockey Inc. v. Canada (Border Services Agency, President)* (2011), 15 T.T.R. (2d) 336. In *Sher-Wood*, she concluded that, “as it relates to articles of apparel and clothing accessories, heading No. 39.26 only includes certain articles of plastics, *i.e.* those that are made by ‘sewing or sealing sheets of plastics’” (p. 362). Before the same Tribunal member, Igloo Vikski did not dispute this interpretation of heading No. 39.26 (paras. 54-55).

[62] A concession, to be considered as such, has to be of a clear nature. Assuming — without deciding — that it is a concession, it should be accorded little to no weight in the context of these proceedings as it was merely Igloo Vikski’s opinion on a matter of law (*Phipson on Evidence* (15th ed. 2000), at para. 28-11), namely the proper interpretation of heading No. 39.26. In addition, Igloo Vikski’s position throughout these proceedings has been that the gloves should be classified pursuant to Rule 3(b), which requires in this case that the gloves be *prima facie* classifiable under both headings No. 39.26 and No. 62.16. The issue of whether the gloves are classifiable under heading No. 39.26 was the subject of a fulsome debate in the proceedings below and before this Court, and should be addressed.

### III. The Tribunal’s Decision Was Unreasonable

[63] The Tribunal’s decision falls outside the range of reasonable interpretations because, as I already said, it contradicts the cascading nature of the General Rules, it is internally contradictory, and it interprets the *Explanatory Notes* in a manner that is irreconcilable with their words.

[64] Turning to the first error in the Tribunal’s reasons, as identified by the Federal Court of Appeal, with respect, my colleague mischaracterizes the issue in this case. The distinction between a conjunctive or hierarchical application of the General Rules as opposed to a cascading application is, in this case, irrelevant. The issue is not whether an application of Rule 2(b) requires that Rule 1 be

affaire semblable (*Sher-Wood Hockey Inc. c. President of the Canada Border Services Agency*, 2011 CarswellNat 7160 (WL Can.)). Elle a conclu dans *Sher-Wood* qu’« en ce qui concerne les vêtements et les accessoires du vêtement, la position n° 39.26 ne couvre que certains ouvrages en matières plastiques, c.-à-d. ceux qui sont confectionnés par “c couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles” » (par. 73). Devant elle, Igloo Vikski n’a pas contesté cette interprétation de la position n° 39.26 (par. 54-55).

[62] Pour être considérée comme telle, une concession doit être claire. S’il s’agit effectivement d’une concession — et je ne me prononce pas sur ce point —, il ne faut y accorder que peu ou pas de poids en l’espèce, car ce n’est que l’opinion d’Igloo Vikski sur un point de droit (*Phipson on Evidence* (15<sup>e</sup> éd. 2000), par. 28-11), c’est-à-dire la bonne interprétation de la position n° 39.26. En outre, Igloo Vikski a fait valoir, et ce dès le début de l’instance, que les gants devaient être classés conformément à la Règle 3b), qui exige en l’occurrence que les gants paraissent devoir être classés dans les positions n<sup>os</sup> 39.26 et 62.16. La question de savoir si les gants peuvent être classés dans la position n° 39.26 a fait l’objet de débats approfondis devant les juridictions inférieures et devant notre Cour. Cette question doit être examinée et décidée.

### III. La décision du Tribunal est déraisonnable

[63] La décision du Tribunal n’appartient pas aux interprétations raisonnables, car, je le répète, elle va à l’encontre de la nature dite « en cascade » des Règles générales, elle est intrinsèquement contradictoire et elle fait des *Notes explicatives* une lecture incompatible avec leur libellé.

[64] Quant à la première erreur dans les motifs du Tribunal soulevée par la Cour d’appel fédérale, je suis d’avis que mon collègue a mal caractérisé la question en l’espèce. La distinction entre une application conjunctive ou hiérarchique des Règles générales et une application dite « en cascade » importe peu en l’espèce. La question ne consiste pas à décider si l’application de la Règle 2b) emporte que l’on

forgotten. I agree with my colleague that this is not an available interpretation of the General Rules since Rule 2(b) functions to extend the headings under Rule 1 and, therefore, cannot operate independently of Rule 1. Rather, the error, as identified by the Federal Court of Appeal, is that the Tribunal required as a prerequisite condition to the application of Rule 2(b) that the goods must first meet the description in the heading pursuant to Rule 1.

[65] I agree with the Federal Court of Appeal that this is an error because a good does not need to first meet the description in a heading pursuant to Rule 1 in order for Rule 2(b) to apply. Such a reading is inconsistent with the text of Rule 2(b). It is precisely because certain goods consisting of more than one material or substance cannot be classified under a heading using Rule 1 alone that Rule 2(b) applies. The function of Rule 2(b) is to extend headings referring to a material under Rule 1 to include goods that are composed only partly of the material. In this regard, I agree with my colleague's finding that "[f]or Rule 2(b) to apply, the goods under consideration must, in accordance with Rule 1, meet the description contained in that heading in whole or in part" (para. 45 (emphasis added)). In this case, it is clear that the gloves were composed "in part" of plastics; it was accepted by the parties that the padding in the gloves was made predominantly of plastics (Tribunal's decision, at para. 51).

[66] Despite this, the Tribunal failed to follow the line of inquiry described in the Explanatory Notes to Rule 2(b). The Tribunal did not apply Rule 2(b) to heading No. 39.26 to determine whether Rule 2(b) could extend the heading to include the gloves (per Explanatory Note (XI) to Rule 2(b)), and whether doing so would impermissibly widen the heading to cover goods that cannot be regarded as answering the description in the heading (per Explanatory Note (XII)). According to Explanatory Note (XII),

fasse fi de la Règle 1. Je suis d'accord avec lui pour dire qu'il ne s'agit pas d'une interprétation possible des Règles générales, puisque la Règle 2b) sert à élargir la portée d'une position pour le classement en fonction de la Règle 1 et ne s'applique donc pas indépendamment de cette dernière. Or, l'erreur que la Cour d'appel fédérale reproche au Tribunal est d'avoir exigé comme prérequis que les marchandises satisfassent d'abord à la description de la position, conformément à la Règle 1, pour que la Règle 2b) s'applique.

[65] Je partage l'avis de la Cour d'appel fédérale selon lequel il s'agit d'une erreur, car une marchandise ne doit pas, pour que la Règle 2b) s'applique, satisfaire d'abord aux termes de la position pour le classement en fonction de la Règle 1. Une telle lecture est incompatible avec le libellé de la Règle 2b). C'est précisément parce que certaines marchandises faites d'un mélange de matières ou de substances ne peuvent être classées dans une position en fonction de la Règle 1 seule que la Règle 2b) s'applique. La Règle 2b) a pour fonction d'élargir la portée des positions qui mentionnent une matière de sorte qu'elles puissent servir au classement, en fonction de la Règle 1, de marchandises constituées partiellement de cette matière. À cet égard, je partage l'avis de mon collègue selon qui « [p]our que la Règle 2b) s'applique, la marchandise en question doit, conformément à la Règle 1, répondre aux termes de la position, en tout ou en partie » (par. 45 (je souligne)). En l'espèce, les gants étaient manifestement faits « en partie » de matières plastiques; les parties ont d'ailleurs convenu que le rembourrage des gants était constitué pour l'essentiel de matières plastiques (motifs du Tribunal, par. 51).

[66] Malgré tout, le Tribunal n'a pas suivi la démarche décrite dans les Notes explicatives accompagnant la Règle 2b). Il n'a pas appliqué la Règle 2b) à la position n° 39.26 pour voir si la portée de cette dernière pouvait être étendue de manière à y inclure les gants (suivant la Note explicative XI) accompagnant la Règle 2b)) et si cela aurait eu pour effet d'élargir la portée de cette position jusqu'à pouvoir y inclure des articles qui ne répondent pas aux termes des libellés de cette position, ce qui n'est pas permis (suivant la

such impermissible widening would occur if the addition of another material deprived the gloves of the character of the goods of the kind mentioned in the heading. Instead of conducting this analysis, the Tribunal treated Rule 1 as a prerequisite to Rule 2(b), and simply concluded that since the gloves did not answer the description in heading No. 39.26 pursuant to Rule 1 alone, Rule 2(b) could not extend the scope of the heading to include the gloves (para. 69). The Tribunal's finding that Rule 1 must be satisfied as a prerequisite to the application of Rule 2(b) is contrary to the Explanatory Notes to Rule 2(b) and is therefore unreasonable.

[67] The Tribunal's error in failing to apply Rule 2(b) to extend heading No. 39.26 is made even more apparent when compared to the Tribunal's application of Rule 2(b) to extend heading No. 62.16. This brings me to the second error identified by the Federal Court of Appeal. As my colleague observes, the Tribunal had to apply Rule 2(b) in order for heading No. 62.16 to apply to the gloves since the gloves included plastic that constituted more than mere trimming (paras. 36-37). In other words, Rule 1 alone was not sufficient to classify the gloves in heading No. 62.16 nor in *any* heading, and the Tribunal had to resort to Rule 2(b). In this context, the Tribunal's refusal to apply Rules 1 and 2(b) consistently to both headings No. 39.26 and No. 62.16 is internally contradictory and therefore unreasonable.

[68] Third, the Tribunal's interpretation of the Explanatory Note to heading No. 39.26 is unreasonable. That Explanatory Note reads:

This heading covers articles, not elsewhere specified or included, of plastics (as defined in Note 1 to the Chapter) or of other materials of headings 39.01 to 39.14.

Note explicative XII)). Ainsi, si on applique la Note explicative XII), il y a élargissement intolérable de la portée des positions si l'adjonction d'autres matières a pour effet d'enlever aux gants le caractère d'une marchandise reprise dans la position. Le Tribunal, au lieu de procéder à cette analyse, a considéré la Règle 1 comme un préalable à la Règle 2b) et a simplement conclu que, puisque les gants ne répondaient pas aux termes de la position n° 39.26 par l'application de la Règle 1 seule, la Règle 2b) ne pouvait élargir la portée de cette position de manière à y inclure les gants (par. 69). La conclusion du Tribunal, selon laquelle il faut que la Règle 1 puisse s'appliquer avant d'appliquer la Règle 2b), est contraire aux Notes explicatives et n'est donc pas raisonnable.

[67] Cette erreur du Tribunal — qui n'a pas appliqué la Règle 2b) de manière à étendre la portée de la position n° 39.26 — ressort encore davantage du fait qu'il a appliqué la Règle 2b) pour étendre la portée de la position n° 62.16. Ce qui m'amène à la deuxième erreur soulevée par la Cour d'appel fédérale. Comme mon collègue le fait remarquer, le Tribunal devait appliquer la Règle 2b) pour que les gants puissent être classés dans la position n° 62.16 puisque ceux-ci comportent du rembourrage en plastique qui excède le rôle de simples garnitures (par. 36-37). Autrement dit, la Règle 1 ne pouvait être appliquée seule pour le classement des gants dans la position n° 62.16 ni dans *aucune* autre position, et le Tribunal a dû recourir à la Règle 2b). Dans ce contexte, le refus du Tribunal d'appliquer les Règles 1 et 2b) uniformément aux positions n°s 39.26 et 62.16 est intrinsèquement contradictoire et donc déraisonnable.

[68] Troisièmement, l'interprétation par le Tribunal de la Note explicative accompagnant la position n° 39.26 est déraisonnable. La Note est ainsi rédigée :

La présente position couvre les ouvrages non dénommés ni compris ailleurs en matières plastiques (tels qu'ils sont définis à la Note 1 du présent Chapitre) ou en autres matières des n°s 39.01 à 39.14. Sont donc notamment compris ici :

They include:

(1) Articles of apparel and clothing accessories (**other than** toys) made by sewing or sealing sheets of plastics, e.g., aprons, belts, babies' bibs, raincoats, dress-shields, etc. Detachable plastic hoods remain classified in this heading if presented with the plastic raincoats to which they belong. [Bold emphasis in original; underlining added.]

[69] The Tribunal relied on its own interpretation in *Sher-Wood*, where it concluded that as it relates to articles of apparel and clothing accessories, heading No. 39.26 only includes articles of plastics that are made by “sewing or sealing sheets of plastics” (*Sher-Wood*, at pp. 351 and 362).

[70] In my view, the Tribunal's interpretation is unreasonable as it is contrary to the words of the Explanatory Note. On a plain reading, the words “they include” (in French “*sont . . . notamment compris*”) clearly indicate that what follows is a non-exhaustive list. The list does not limit what can be classified under heading No. 39.26; it merely describes what types of articles are included.

[71] In *National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029, this Court had to interpret a standard mortgage clause. La Forest J., writing for the majority, considered the meaning of the word “including” (in French, “*notamment*”) where it follows a general term and is used to introduce a list of specific examples. La Forest J. held that “include” or “including” are “terms of extension, designed to enlarge the meaning of preceding words, and not to limit them” (p. 1041). He further explained that “the natural inference is that the drafter will provide a specific illustration of a subset of a given category of things in order to make it clear that that category extends to things that might otherwise be expected to fall outside it” (p. 1041). Similarly, Professor Ruth Sullivan states that “[t]he purpose of a list of examples following the word ‘including’ is normally to emphasize the broad range of general

1) Les vêtements et accessoires du vêtement (**autres que** les jouets) confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles, notamment les tabliers, les ceintures les bavoires pour bébés, les imperméables et les dessous-de-bras. Les capuchons amovibles en matières plastiques, présentés avec les imperméables en matières plastiques auxquels ils sont destinés, restent classés dans la présente position. [En caractère gras dans l'original; je souligne.]

[69] Le Tribunal a repris en l'espèce l'interprétation qu'il avait donnée dans *Sher-Wood*, où il concluait que la position n° 39.26, lorsqu'il s'agit de vêtements ou d'accessoires du vêtement, ne vise que les articles confectionnés par « couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles » (*Sher-Wood*, par. 44 et 73).

[70] À mon avis, cette interprétation est déraisonnable, car elle est contraire au libellé de la Note explicative. Dans son sens ordinaire, l'expression « sont [. . .] notamment compris » (« *they include* » en anglais) indique clairement qu'une liste non exhaustive suit. La liste sert, non pas à limiter les articles susceptibles d'être classés dans la position n° 39.26, mais à décrire simplement le genre d'articles compris.

[71] Dans l'arrêt *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029, la Cour était appelée à interpréter une clause hypothécaire type. Écrivant au nom des juges majoritaires, le juge La Forest a analysé la signification du terme « *including* » (« *notamment* » en français) dans les cas où il suit un terme général dans la phrase liminaire et sert à présenter une liste de termes spécifiques. Selon le juge La Forest, les termes « *include* » et « *including* » sont « des termes d'extension, destinés à élargir le sens des termes précédents, et non à les limiter » (p. 1041). Il poursuit en disant qu'« il est naturel de déduire que le rédacteur donnera une illustration précise d'un sous-ensemble d'une catégorie de choses donnée pour montrer clairement que cette catégorie comprend des choses dont, par ailleurs, on pourrait s'attendre à ce qu'elles n'en fassent pas partie » (p. 1041). Dans la même

language and to ensure that it is not inappropriately read down so as to exclude something that is meant to be included” (*Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 74).

[72] A contextual interpretation of the Explanatory Note to heading No. 39.26, consistent with the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37, which informs the interpretation of international instruments, further supports this view. According to Article 31 of the *Vienna Convention*, “[a] treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.” When the Explanatory Note to heading No. 39.26 is read in relation to other Explanatory Notes, it is evident that the drafters used clearly restrictive language where they intended to exclude goods from a heading. Take, for example, the Explanatory Note 3 to Chapter 39, one of the chapters that is presently at issue:

3. Headings 39.01 to 39.11 apply only to goods of a kind produced by chemical synthesis, falling in the following categories:
  - (a) Liquid synthetic polyolefins of which less than 60 % by volume distils at 300 °C, after conversion to 1,013 millibars when a reduced-pressure distillation method is used (headings 39.01 and 39.02);
  - (b) Resins, not highly polymerised, of the coumarone-indene type (heading 39.11);
  - (c) Other synthetic polymers with an average of at least 5 monomer units;
  - (d) Silicones (heading 39.10);
  - (e) Resols (heading 39.09) and other prepolymers. [Emphasis added.]

veine, la professeure Ruth Sullivan indique que [TRADUCTION] « [l]’objet d’une liste d’exemples après le terme “including” consiste normalement à mettre en évidence la grande variété de termes généraux et à éviter qu’elle ne soit interprétée restrictivement à tort de sorte qu’un élément qui doit être inclus en soit exclu » (*Sullivan on the Construction of Statutes* (6<sup>e</sup> éd. 2014), p. 74).

[72] Une interprétation contextuelle de la Note explicative accompagnant la position n° 39.26 conforme à la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37, laquelle éclaire l’interprétation des instruments internationaux, étaye également cette conclusion. Aux termes de l’art. 31 de la *Convention de Vienne*, « [u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. » Il ressort de la Note explicative accompagnant la position n° 39.26, lorsqu’on la compare à d’autres Notes explicatives, que les rédacteurs ont employé des termes manifestement restrictifs lorsqu’ils entendaient exclure des marchandises du classement dans une position. Par exemple, la Note explicative 3 accompagnant le Chapitre 39, l’un des chapitres en cause en l’espèce, est ainsi libellée :

3. N’entrent dans les nos 39.01 à 39.11 que les produits obtenus par voie de synthèse chimique et relevant des catégories ci-après :
  - a) les polyoléfines synthétiques liquides dont moins de 60 % en volume distillent à 300 °C rapportés à 1.013 millibars de mercure par application d’une méthode de distillation à basse pression (nos 39.01 et 39.02);
  - b) les résines faiblement polymérisées du type coumarone-indène (n° 39.11);
  - c) les autres polymères synthétiques comportant au moins 5 motifs monomères, en moyenne;
  - d) les silicones (n° 39.10);
  - e) les résols (n° 39.09) et les autres prépolymères. [Je souligne.]

[73] Another example is the Explanatory Note 1(u) to Chapter 95 (“Toys, games and sports requisites; parts and accessories thereof”):

1. This Chapter does not cover:

- ... . . .
- (u) Racket strings, tents or other camping goods, or gloves, mittens and mitts (classified according to their constituent material); . . . [Emphasis added.]

[74] Unlike the expressions “apply only” and “does not cover”, the term “include” in the Explanatory Note to heading No. 39.26 is open-ended and non-exhaustive. Therefore, read in context, the term “include” does not demonstrate an intention to restrict the heading to the list that follows. In other words, just because the gloves are not made by “sewing or sealing sheets of plastics” does not mean they are excluded from heading No. 39.26. The Tribunal’s restrictive interpretation was contrary to both an ordinary and contextual reading of the Explanatory Note and is therefore unreasonable.

[75] For the above reasons, I would dismiss the appeal and confirm the decision of the Federal Court of Appeal to refer the matter back for adjudication, based on an analysis which takes into account the complete application of Explanatory Notes (XI) to (XIII) to Rule 2(b).

*Appeal allowed with costs, CÔTÉ J. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent: Lapointe Rosenstein Marchand Melançon, Montréal; Power Law, Vancouver.*

[73] La Note explicative 1u) accompagnant le Chapitre 95 (« Jouets, jeux, articles pour divertissements ou pour sports; leurs parties et accessoires ») constitue un autre exemple :

1. Le présent Chapitre ne comprend pas :

- ... . . .
- u) les cordes pour raquettes, les tentes, les articles de campement et les gants, mitaines et moufles, en toutes matières (régime de la matière constitutive); . . . [Je souligne.]

[74] Contrairement aux expressions restrictives « [n]’entrent [. . .] que » et « ne comprend pas », l’expression « notamment compris » qui figure dans la Note explicative accompagnant la position n° 39.26 est ouverte et non exhaustive. Par conséquent, compte tenu du contexte, l’expression ne dénote pas une intention de restreindre aux éléments énumérés les marchandises susceptibles d’être classées dans la position. Autrement dit, ce n’est pas parce que les gants ne sont pas confectionnés par « couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles » qu’ils doivent être exclus du classement dans la position n° 39.26. L’interprétation restrictive adoptée par le Tribunal est contraire tant à une interprétation selon le contexte qu’à une interprétation selon le sens ordinaire des mots de la Note explicative et est donc déraisonnable.

[75] Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter l’appel et de confirmer la décision de la Cour d’appel fédérale qui avait renvoyé l’affaire au Tribunal pour qu’il procède à une nouvelle analyse en tenant compte cette fois de l’application des Notes explicatives XI) à XIII) accompagnant la Règle 2b).

*Pourvoi accueilli avec dépens, la juge CÔTÉ est dissidente.*

*Procureur de l’appellant : Procureur général du Canada, Vancouver.*

*Procureurs de l’intimée : Lapointe Rosenstein Marchand Melançon, Montréal; Power Law, Vancouver.*

**Conférence des juges de paix magistrats du Québec, Christine Auger, Jacques Barbès, Réjean Bédard, Dominique Benoît, Georges Benoît, Michel Boissonneault, Suzanne Bousquet, Sylvie Desmeules, Julie Dionne, Marie-Chantal Doucet, Louis Duguay, Gaby Dumas, Nathalie Duperron Roy, Réna Émond, Pierre Fortin, Louise Gallant, Marie-Josée Hénault, François Kouri, Jean-Georges Laliberté, Robert Lanctôt, Luc Marchildon, Sylvie Marcotte, Nicole Martin, Danielle Michaud, Gilles Michaud, Lucie Morissette, Monique Perron, Jean-Gilles Racicot, Gaétan Ratté, Marc Renaud, Rosaire Vallières, Pierre Verrette, Johanne White, Gilles Pigeon, Léopold Goulet, Yannick Couture, Marie-Claude Bélanger and Patricia Compagnone** *Appellants*

v.

**Attorney General of Quebec and Minister of Justice of Quebec** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Conférence des juges de la Cour du Québec**

and

**Association of Justices of the Peace of Ontario** *Interveners*

**INDEXED AS: CONFÉRENCE DES JUGES DE PAIX MAGISTRATS DU QUÉBEC v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)**

**2016 SCC 39**

File No.: 36165.

2016: January 18; 2016: October 14.

**Conférence des juges de paix magistrats du Québec, Christine Auger, Jacques Barbès, Réjean Bédard, Dominique Benoît, Georges Benoît, Michel Boissonneault, Suzanne Bousquet, Sylvie Desmeules, Julie Dionne, Marie-Chantal Doucet, Louis Duguay, Gaby Dumas, Nathalie Duperron Roy, Réna Émond, Pierre Fortin, Louise Gallant, Marie-Josée Hénault, François Kouri, Jean-Georges Laliberté, Robert Lanctôt, Luc Marchildon, Sylvie Marcotte, Nicole Martin, Danielle Michaud, Gilles Michaud, Lucie Morissette, Monique Perron, Jean-Gilles Racicot, Gaétan Ratté, Marc Renaud, Rosaire Vallières, Pierre Verrette, Johanne White, Gilles Pigeon, Léopold Goulet, Yannick Couture, Marie-Claude Bélanger et Patricia Compagnone** *Appellants*

c.

**Procureure générale du Québec et Ministre de la justice du Québec** *Intimées*

et

**Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, Conférence des juges de la Cour du Québec**

et

**Association des juges de paix de l'Ontario** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CONFÉRENCE DES JUGES DE PAIX MAGISTRATS DU QUÉBEC c. QUÉBEC (PROCUREURE GÉNÉRALE)**

**2016 CSC 39**

N° du greffe : 36165.

2016 : 18 janvier; 2016 : 14 octobre.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Constitutional law — Judicial independence — Financial security — Justices of peace — Judicial reform — Provincial legislation amending status of justices of peace, including employment conditions, remuneration and pension plan — Whether new judicial office created — Whether committee review of remuneration and pension plan necessary and if so, when should review occur — Whether legislation infringes constitutional guarantee of judicial independence — If so, whether infringement justifiable — Constitution Act, 1867, preamble — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Act to amend the Courts of Justice Act and other legislative provisions as regards the status of justices of the peace, S.Q. 2004, c. 12, ss. 27, 30 and 32 — Décret 932-2008, (2008) 140 G.O. 2, 5681.*

*Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Sécurité financière — Juges de paix — Réforme judiciaire — Statut des juges de paix, dont les conditions d'emploi, la rémunération et le régime de retraite, modifié par législation provinciale — Y a-t-il eu création d'une nouvelle charge judiciaire? — Un examen de la rémunération et du régime de retraite par un comité est-il nécessaire et, dans l'affirmative, à quel moment l'examen doit-il intervenir? — La loi porte-t-elle atteinte à la garantie constitutionnelle d'indépendance judiciaire? — Dans l'affirmative, l'atteinte se justifie-t-elle? — Loi constitutionnelle de 1867, préambule — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires et d'autres dispositions législatives eu égard au statut des juges de paix, L.Q. 2004, c. 12, art. 27, 30 et 32 — Décret 932-2008, (2008) 140 G.O. 2, 5681.*

*Constitutional law — Judicial independence — Financial security — Pensions — Justices of peace — Judicial reform — Section 178 of Courts of Justice Act, CQLR, c. T-16, mandates participation of justices of peace in public service pension plan — Whether pension plan, as part of overall remuneration, meets minimum constitutional threshold required for judicial office.*

*Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Sécurité financière — Régime de retraite — Juges de paix — Réforme judiciaire — Participation des juges de paix au régime de retraite de la fonction publique imposée par l'art. 178 de la Loi sur les tribunaux judiciaires, RLRQ, c. T-16 — Le régime de retraite, qui s'inscrit dans la rémunération globale, satisfait-il au seuil constitutionnel minimal qu'exige une charge judiciaire?*

In 2004, the Quebec government reformed its justices of the peace regime in response to a Court of Appeal judgment declaring that the existing regime violated the tenure security guarantee of judicial independence. Six sitting justices of the peace were transitioned to the new regime, with the same remuneration as before; however, justices newly appointed to that office received a lower remuneration. None of the legislative provisions affecting remuneration were put to a reviewing committee before 2007, which then made recommendations only on a forward-looking basis. The government followed up on these recommendations by making executive Order 932-2008. In 2008, the Conférence des juges de paix magistrats du Québec and its individual members (presiding justices of the peace (“PJPs”)) challenged ss. 27, 30 and 32 of the *Act to amend the Courts of Justice Act and other legislative provisions as regards the status of justices of the peace* (the “amending Act”) and executive Order 932-2008, as infringing the financial security guarantee of judicial independence. In addition, the PJPs argued that s. 178 of

En 2004, le gouvernement du Québec a procédé à une réforme du régime applicable aux juges de paix en réponse au jugement de la Cour d'appel déclarant que ce régime ne respectait pas la garantie d'inamovibilité qu'exige l'indépendance judiciaire. Six juges de paix ont été transférés au nouveau régime tout en conservant leur rémunération; toutefois les juges de paix nouvellement nommés touchaient un traitement moins élevé. Aucune des dispositions législatives touchant à la rémunération n'a été soumise à l'examen d'un comité de la rémunération avant 2007; le comité n'a alors fait que des recommandations pour l'avenir. Le gouvernement a adopté le Décret 932-2008 pour donner suite aux recommandations. En 2008, la Conférence des juges de paix magistrats du Québec et ses membres (les juges de paix magistrats (« JPM »)) ont contesté les art. 27, 30 et 32 de la *Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires et d'autres dispositions législatives eu égard au statut des juges de paix* (la « Loi modificatrice ») et le Décret 932-2008 au motif qu'ils ne respectaient pas la garantie de

the *Courts of Justice Act* (“CJA”), which mandates their participation in the public service Pension Plan of Management Personnel, also infringes the financial security guarantee. Both the Superior Court and the Court of Appeal, in turn, found no violation of judicial independence because the provisions were part of a reform resulting in the creation of a new judicial office.

*Held:* The appeal should be allowed in part. Sections 27, 30 and 32 of the *Act to amend the Courts of Justice Act and other legislative provisions as regards the status of justices of the peace* are unconstitutional.

A judicial reform may raise questions of judicial independence both for judges occupying offices that are reformed or abolished, and for judges appointed to newly created positions. Any measure that affects remuneration will automatically trigger the institutional dimension of financial security. The initial remuneration for the new office must meet the constitutional minimum required to ensure judicial integrity. Without committee review of the initial remuneration, there is no guarantee that the constitutional minimum is met. A review is also required where the new judges were transferred from an old judicial office. The government should not be able to replace one office with another, adjust the jurisdiction, transfer the judges and change the remuneration, without any safeguards. Because sitting judges are in an existing relationship with the government, their relationship is more susceptible to the risk of manipulation. This warrants additional protection for sitting judges. Thus, while the government retains the discretion to set the remuneration of newly appointed judges, it cannot change the remuneration of sitting judges until after committee review.

To protect judicial independence when a new judicial office is created, all remuneration must be reviewed within a reasonable time. A reasonable time refers to the time required to implement a judicial reform, to establish the appropriate review committee and to ensure proper participation by the new judges. It will generally be measured in months, and not in years.

In the context of a judicial reform, the same reasons that justify deferring committee review of the remuneration for newly appointed judges apply equally to sitting judges who are transferred to a new office. Requiring prior review for sitting judges would create delays for

sécurité financière qu’exige l’indépendance judiciaire. En outre, les JPM soutenaient que l’art. 178 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* (« LTJ »), en les obligeant à participer au régime de retraite du personnel d’encadrement de la fonction publique, ne respectait pas non plus la garantie de sécurité financière. La Cour supérieure et la Cour d’appel ont conclu que les dispositions ne menaçaient pas l’indépendance judiciaire, car elles s’inscrivaient dans le cadre d’une réforme ayant abouti à la création d’une nouvelle charge judiciaire.

*Arrêt :* L’appel est accueilli en partie. Les articles 27, 30 et 32 de la *Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires et d’autres dispositions législatives eu égard au statut des juges de paix* sont inconstitutionnels.

Il se peut qu’une réforme judiciaire suscite des interrogations concernant l’indépendance judiciaire à l’égard non seulement des juges dont la charge a été modifiée ou abolie, mais aussi de ceux qui sont nommés à une charge nouvellement créée. Toute mesure ayant une incidence sur la rémunération des juges mettra automatiquement en jeu la dimension institutionnelle de la sécurité financière. La rémunération initiale de la nouvelle charge doit satisfaire au minimum constitutionnel requis pour assurer l’intégrité judiciaire. À défaut d’examen de la rémunération initiale par un comité, il n’existe aucune garantie que le minimum constitutionnel est respecté. Un examen s’impose également lorsque les nouveaux juges sont transférés d’une ancienne charge judiciaire. Le gouvernement ne saurait simplement remplacer une charge par une autre, en modifier la juridiction, transférer les juges et réduire leur rémunération, sans garantie. Comme les juges en exercice entretiennent déjà des rapports avec le gouvernement, le risque de manipulation est aggravé, ce qui justifie une protection supplémentaire dans leur cas. Ainsi, bien que le gouvernement puisse, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, fixer la rémunération des nouveaux juges, il ne peut modifier le traitement des juges en exercice tant que le comité n’a pas procédé à l’examen.

Pour protéger l’indépendance judiciaire lorsqu’il y a création d’une charge judiciaire, toute rémunération doit être examinée dans un délai raisonnable. Un délai raisonnable s’entend du temps qu’il faut pour effectuer une réforme judiciaire, mettre sur pied le comité d’examen et assurer une participation adéquate des nouveaux juges. Il se calcule de façon générale en mois et non en années.

Dans le contexte d’une réforme judiciaire, les raisons qui justifient que soit reportée la tenue d’un comité d’examen de la rémunération dans le cas des juges nouvellement nommés s’appliquent tout autant aux juges en exercice qui sont transférés à une nouvelle charge.

judicial reforms that are in the public interest, potentially prolong an unconstitutional judicial regime, undermine judicial independence and negatively impact public perception. The principle of judicial independence exists for the benefit of the public, not for the judge. Viewed from the perspective of the public, a review within a reasonable time for all judges is an effective safeguard for financial security, even if some judges were previously serving in another judicial office.

In determining whether a judicial office has merely been changed, or a new judicial office has been created, the judicial function and the conditions of employment, including tenure, financial security, selection and administrative independence, are relevant considerations. In this case, the 2004 reform created a new judicial office. The PJPs have a different jurisdiction than under the previous regime: they do not have jurisdiction to preside over bail hearings and do not hear summary prosecutions under Part XXVII of the *Criminal Code*. In addition, the PJPs now benefit from greater judicial independence guarantees: they enjoy tenure until the age of 70; their remuneration and other benefits are subject to periodic committee review; their selection criteria are set out in the *CJA*; and finally, they are integrated into the Court of Québec and are thus subject to the authority of its Chief Judge.

Because the reform created a new judicial office, the remuneration of all the judges appointed to it (whether they were appointed for the first time or transferred from another office) needed to be reviewed retroactively, within a reasonable time after their appointment. Section 32 of the amending Act prohibits any review of the remuneration before 2007, although the judicial office was established in 2004. This contravenes the constitutional requirement that the initial remuneration of judges occupying a new office be reviewed by a committee within a reasonable time after their appointment. There were no compelling reasons why a review could not proceed before 2007. Three years is not a reasonable time. As such, s. 32 of the amending Act infringes the financial security guarantee of judicial independence. In addition, as ss. 27 and 30 provide for a freeze in the remuneration of the sitting judges and the establishment of the remuneration of the newly appointed judges, respectively, without referencing the need to retroactively submit the remuneration to a committee, these sections also infringe judicial independence. Finally, s. 27 infringes judicial independence

Exiger un examen préalable dans le cas de juges en exercice retarderait la mise en œuvre des réformes judiciaires fondées sur l'intérêt public et risquerait de prolonger un régime judiciaire inconstitutionnel, de porter atteinte à l'indépendance judiciaire et de miner la perception du public. Le principe de l'indépendance judiciaire existe au profit du public et non du juge. Pour le public, la tenue dans un délai raisonnable d'un examen portant sur la situation de tous les juges protège efficacement la sécurité financière, même si certains juges occupaient antérieurement une autre charge judiciaire.

Lorsqu'il s'agit de déterminer si une charge a simplement été modifiée ou si une nouvelle charge a été créée, les fonctions de la charge judiciaire et les conditions d'emploi, dont l'inamovibilité, la sécurité financière, la sélection et l'indépendance administrative, constituent des considérations pertinentes. En l'espèce, la réforme de 2004 a créé une nouvelle charge judiciaire. La juridiction des JPM se distingue de celle que prévoyait l'ancien régime : les JPM n'ont pas compétence pour présider les enquêtes sur mise en liberté sous caution et ne peuvent instruire les poursuites sommaires intentées en vertu de la partie XXVII du *Code criminel*. En outre, dorénavant, les JPM bénéficient de garanties d'indépendance judiciaire plus étendues : ils peuvent siéger jusqu'à l'âge de 70 ans, leur traitement et les autres avantages sont soumis périodiquement à l'examen d'un comité, leurs critères de sélection sont énoncés dans la *LTJ* et, enfin, ils relèvent de la Cour du Québec et sont donc soumis à l'autorité du juge en chef de ce tribunal.

Comme la réforme a créé une nouvelle charge judiciaire, le traitement initial de tous les juges nommés à cette charge (pour la première fois ou après un transfert d'une autre charge) devait être examiné rétroactivement, dans un délai raisonnable après leur nomination. L'article 32 de la Loi modificatrice interdit tout examen de la rémunération avant 2007, bien que la charge judiciaire ait été créée en 2004. Il s'agit là d'un manquement à l'exigence constitutionnelle selon laquelle la rémunération initiale des juges occupant une nouvelle charge est examinée par un comité dans un délai raisonnable après leur nomination. Aucune raison valable n'explique pourquoi l'examen ne pouvait être tenu avant 2007. Un délai de trois ans ne constitue pas un délai raisonnable. En conséquence, l'art. 32 de la Loi modificatrice porte atteinte à la garantie de sécurité financière qu'exige l'indépendance judiciaire. En outre, étant donné que les art. 27 et 30 prévoient respectivement un gel de la rémunération des juges transférés et l'établissement de la rémunération des juges nouvellement nommés, mais n'exigent pas l'examen rétroactif de la rémunération par un comité, ces dispositions

because it freezes the remuneration of sitting judges before a committee has reviewed this remuneration, contrary to the financial security guarantee. As for the salary gap between the sitting judges and those newly appointed, the gap, by itself, did not infringe the financial security guarantee.

As ss. 27, 30 and 32 of the amending Act did not provide for retroactive committee review within a reasonable time, these sections infringe the institutional financial security guarantee of judicial independence, and are thus contrary to s. 11(d) of the *Charter* and the preamble to the *Constitution Act, 1867*. This infringement of judicial independence is not justified under s. 1 of the *Charter*, because there is no evidence of a dire and exceptional financial emergency. Therefore, ss. 27, 30 and 32 are unconstitutional. Because the infringement arises from the lack of committee review between 2004 and 2007, a review for this period is required for all PJPs as a remedy. The committee must consider all factors bearing on remuneration, including the remuneration of the previous judicial office. While the guarantee of judicial independence was compromised between 2004 and 2007, however, the judicial decisions rendered by the PJPs throughout that period are valid.

Since the government complied with its constitutional obligation to periodically submit PJPs remuneration to a committee from 2007 onwards, public confidence in judicial independence was in no way undermined for that later period. As such, there was no violation of judicial independence after 2007 and no defect in the executive Order 932-2008. Moreover, any impact that the lack of committee review from 2004 to 2007 may have had on PJPs remuneration after 2007 cannot be said to have raised constitutional concerns.

Finally, s. 178 of the *CJA* is valid. While the Pension Plan of Management Personnel may not be as beneficial as that of the judges of the Court of Québec, as part of overall remuneration, it meets the minimum constitutional threshold required for the office of a judge such that the PJPs are not perceived as susceptible to political pressure through economic manipulation.

portent également atteinte à l'indépendance judiciaire. Enfin, l'art. 27 porte atteinte à l'indépendance judiciaire en ce sens qu'il a pour effet de geler la rémunération de juges en exercice avant qu'un comité n'examine la question, ce qui est contraire aux exigences de la garantie de sécurité financière. En ce qui concerne l'écart salarial entre les juges transférés et les juges nouvellement nommés, en soi, cet écart salarial n'a pas porté atteinte à la garantie de sécurité financière.

Étant donné que les art. 27, 30 et 32 de la Loi modificatrice n'exigent pas l'examen rétroactif de la rémunération par un comité dans un délai raisonnable, ces dispositions portent atteinte à la garantie de sécurité financière institutionnelle qu'exige l'indépendance judiciaire et ne respectent pas l'al. 11d) de la *Charte* ainsi que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette atteinte à l'indépendance judiciaire n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte* en l'absence de preuve d'une crise financière exceptionnellement grave. En conséquence, les art. 27, 30 et 32 sont inconstitutionnels. Comme l'atteinte découle de l'absence d'examen par un comité entre 2004 et 2007, un examen de la rémunération de tous les JPM par un comité est ordonné pour cette période, à titre de réparation. Le comité doit tenir compte de tous les facteurs ayant une incidence sur la rémunération, y compris la rémunération associée à la charge judiciaire antérieure. Même si la garantie d'indépendance judiciaire a été compromise entre 2004 et 2007, les décisions judiciaires rendues par les JPM durant cette période sont valides.

Comme le gouvernement s'est conformé dès 2007 à son obligation constitutionnelle de soumettre périodiquement à l'examen d'un comité la rémunération des JPM, la confiance du public à l'égard de l'indépendance judiciaire n'a en aucun cas été minée depuis. Il n'y a donc pas eu d'atteinte à l'indépendance judiciaire après 2007, et le Décret 932-2008 n'est entaché d'aucun vice. De surcroît, si tant est que l'absence d'examen, entre 2004 et 2007, ait eu sur la rémunération des JPM après 2007 une incidence, on ne peut dire que cette dernière ait soulevé des préoccupations d'ordre constitutionnel.

Enfin, l'art. 178 de la *LTJ* est valide. Bien que le régime de retraite du personnel d'encadrement ne soit pas aussi avantageux que celui des juges de la Cour du Québec, considéré dans le cadre de la rémunération globale, il respecte le seuil minimal constitutionnel requis pour une charge judiciaire de sorte que les JPM ne soient pas perçus comme étant vulnérables aux pressions politiques exercées par le biais de la manipulation financière.

## Cases Cited

**Referred to:** *Pomerleau v. The Queen*, 2003 CanLII 33471; *Conférence des juges du Québec v. Québec (Procureur général)*, 2007 QCCS 2672, [2007] R.J.Q. 1556; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Ell v. Alberta*, 2003 SCC 35, [2003] 1 S.C.R. 857; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*, 2005 SCC 44, [2005] 2 S.C.R. 286; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *Masters' Association of Ontario v. Ontario*, 2011 ONCA 243, 105 O.R. (3d) 196; *Ontario Deputy Judges Assn. v. Ontario* (2006), 80 O.R. (3d) 481; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3.

## Statutes and Regulations Cited

*Act respecting the Pension Plan of Management Personnel*, CQLR, c. R-12.1.  
*Act to amend the Courts of Justice Act and other legislative provisions as regards the status of justices of the peace*, S.Q. 2004, c. 12, ss. 1, 26, 27, 30, 32, 35.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 11(d).  
*Constitution Act, 1867*, preamble, ss. 92(14), 96, 101.  
*Courts of Justice Act*, CQLR, c. T-16, Part III.1, ss. 161, 162, 163, 165, 166, 169, 173, 175, 176, 178, 246.29, 246.42, Sch. V.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, Part XXVII.  
 Décret 689-2004, (2004) 136 G.O. 2, 3531.  
 Décret 932-2008, (2008) 140 G.O. 2, 5681.

## Authors Cited

Quebec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 38, n° 75, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 20 mai 2004, p. 4543.  
 Quebec. Assemblée nationale. *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, vol. 38, n° 54, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 28 mai 2004, p. 18.  
 Quebec. Comité de la rémunération des juges. *Rapport du Comité de la rémunération des juges*, présidé par Alban D'Amours, 23 décembre 2010 (en ligne: <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/remjuges2011.pdf>).  
 Quebec. Comité de la rémunération des juges. *Rapport du comité de la rémunération des juges*, présidé par

## Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Pomerleau c. La Reine*, [2004] R.J.Q. 83; *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2007 QCCS 2672, [2007] R.J.Q. 1556; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S. 857; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*, 2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Masters' Association of Ontario c. Ontario*, 2011 ONCA 243, 105 O.R. (3d) 196; *Ontario Deputy Judges Assn. c. Ontario* (2006), 80 O.R. (3d) 481; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3.

## Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 11d).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, partie XXVII.  
 Décret 689-2004, (2004) 136 G.O. 2, 3531.  
 Décret 932-2008, (2008) 140 G.O. 2, 5681.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, préambule, art. 92(14), 96, 101.  
*Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires et d'autres dispositions législatives eu égard au statut des juges de paix*, L.Q. 2004, c. 12, art. 1, 26, 27, 30, 32, 35.  
*Loi sur le régime de retraite du personnel d'encadrement*, RLRQ, c. R-12.1.  
*Loi sur les tribunaux judiciaires*, RLRQ, c. T-16, partie III.1, art. 161, 162, 163, 165, 166, 169, 173, 175, 176, 178, 246.29, 246.42, ann. V.

## Doctrine et autres documents cités

Quebec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 38, n° 75, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 20 mai 2004, p. 4543.  
 Quebec. Assemblée nationale. *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, vol. 38, n° 54, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 28 mai 2004, p. 18.  
 Quebec. Comité de la rémunération des juges. *Rapport du Comité de la rémunération des juges*, présidé par Alban D'Amours, 23 décembre 2010 (en ligne: <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/remjuges2011.pdf>).  
 Quebec. Comité de la rémunération des juges. *Rapport du comité de la rémunération des juges*, présidé par

Daniel Johnson, avril 2008 (en ligne: <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/rem-juge3.pdf>).

Quebec. Comité de la rémunération des juges. *Rapport du Comité de la rémunération des juges*, présidé par Michel Clair, 30 septembre 2013 (en ligne: <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/remjuges2013.pdf>).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Dalphond, Bouchard and Vauclair JJ.A.), 2014 QCCA 1654, [2014] AZ-51107397, [2014] Q.J. No. 9733 (QL), 2014 CarswellQue 14611 (WL Can.), affirming a decision of Mongeon J., 2012 QCCS 1021, [2012] R.J.Q. 729, [2012] AZ-50840226, [2012] J.Q. n° 2260 (QL), 2012 CarswellQue 2373 (WL Can.). Appeal allowed in part.

*Raymond Doray and Loïc Berdnikoff*, for the appellants.

*Sébastien Rochette and Brigitte Bussièrès*, for the respondents.

*François Joyal and Catherine Lawrence*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Sarah Kraicer and Josh Hunter*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Joël Mercier and Christine Baudouin*, for the intervener Conférence des juges de la Cour du Québec.

*J. Thomas Curry and Paul-Erik Veel*, for the intervener the Association of Justices of the Peace of Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

KARAKATSANIS, WAGNER AND CÔTÉ JJ. —

## I. Introduction

[1] Legislatures have the constitutional power over the creation, transformation and abolition of judicial offices. However, legislatures must exercise this

Daniel Johnson, avril 2008 (en ligne : <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/rem-juge3.pdf>).

Québec. Comité de la rémunération des juges. *Rapport du Comité de la rémunération des juges*, présidé par Michel Clair, 30 septembre 2013 (en ligne : <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/remjuges2013.pdf>).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Dalphond, Bouchard et Vauclair), 2014 QCCA 1654, [2014] AZ-51107397, [2014] J.Q. n° 9733 (QL), 2014 CarswellQue 9133 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Mongeon, 2012 QCCS 1021, [2012] R.J.Q. 729, [2012] AZ-50840226, [2012] J.Q. n° 2260 (QL), 2012 CarswellQue 2373 (WL Can.). Pourvoi accueilli en partie.

*Raymond Doray et Loïc Berdnikoff*, pour les appelants.

*Sébastien Rochette et Brigitte Bussièrès*, pour les intimées.

*François Joyal et Catherine Lawrence*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Sarah Kraicer et Josh Hunter*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Joël Mercier et Christine Baudouin*, pour l'intervenante la Conférence des juges de la Cour du Québec.

*J. Thomas Curry et Paul-Erik Veel*, pour l'intervenante l'Association des juges de paix de l'Ontario.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES KARAKATSANIS, WAGNER ET CÔTÉ —

## I. Introduction

[1] Les législatures disposent du pouvoir constitutionnel de créer des charges judiciaires, de les modifier et de les abolir. Cependant, elles doivent exercer

power in a way that complies with the constitutional principle of judicial independence.

[2] In 2004, the government of Quebec reformed its regime of justices of the peace in response to a Court of Appeal judgment declaring that the existing regime violated the tenure security guarantee of judicial independence. The new regime created two categories of justices of the peace. Six sitting justices were transitioned to the new tenured category, maintaining their remuneration. However, the government set the starting remuneration of the new category well below the previous levels; therefore, judges newly appointed into that office received a significantly lower remuneration than their sitting counterparts. None of the provisions affecting remuneration were put to a remuneration committee (or commission) before 2007; the committee made recommendations only on a forward-looking basis.

[3] In 2008, the appellants — the Conférence des juges de paix magistrats du Québec and its individual members — made an application in the Superior Court. They argued that the transitional provisions relating to the setting and review of remuneration, specifically ss. 27, 30 and 32 of the *Act to amend the Courts of Justice Act and other legislative provisions as regards the status of justices of the peace*, S.Q. 2004, c. 12 (“Act”), and executive Order 932-2008, (2008) 140 G.O. 2, 5681, violate the financial security guarantee of judicial independence. They also argued that their participation in the public service Pension Plan of Management Personnel mandated by s. 178 of the *Courts of Justice Act*, CQLR, c. T-16 (“CJA”), violates the financial security guarantee.

[4] The courts below found no violation of judicial independence because the provisions were part of a reform resulting in the creation of a new judicial office.

ce pouvoir conformément au principe constitutionnel d’indépendance judiciaire.

[2] En 2004, le gouvernement du Québec a procédé à une réforme du régime applicable aux juges de paix en réponse au jugement de la Cour d’appel déclarant que ce régime ne respectait pas la garantie d’inamovibilité qu’exige l’indépendance judiciaire. Le nouveau régime créait deux catégories de juges de paix. Six juges de paix ayant été nommés sous l’ancien régime sont passés à l’une des nouvelles catégories, une charge inamovible, tout en conservant leur traitement. Or, le gouvernement avait fixé le traitement initial de cette nouvelle catégorie bien en deçà de la rémunération de la charge précédente; les juges de paix nouvellement nommés touchaient donc un traitement beaucoup moins élevé que leurs homologues en exercice. Aucune des dispositions touchant à la rémunération n’a été soumise à l’examen d’un comité — ou commission — de la rémunération avant 2007; le comité n’a alors fait que des recommandations pour l’avenir.

[3] En 2008, les appelants — la Conférence des juges de paix magistrats du Québec et ses membres — se sont adressés à la Cour supérieure. Ils soutenaient que les dispositions transitoires relatives à la détermination de leur traitement et à l’examen de ce dernier, à savoir les art. 27, 30 et 32 de la *Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires et d’autres dispositions législatives eu égard au statut des juges de paix*, L.Q. 2004, c. 12 (« Loi »), et le Décret 932-2008, (2008) 140 G.O. 2, 5681, ne respectaient pas la garantie de sécurité financière qu’exige l’indépendance judiciaire. Ils soutenaient également que leur participation au régime de retraite du personnel d’encadrement imposée par l’art. 178 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, RLRQ, c. T-16 (« LTJ »), ne respectait pas la garantie de sécurité financière.

[4] Les juridictions inférieures ont conclu que les dispositions contestées ne menaçaient pas l’indépendance judiciaire, car elles s’inscrivaient dans le cadre d’une réforme ayant abouti à la création d’une nouvelle charge judiciaire.

[5] For the reasons that follow, we would allow the appeal in part. In our view, committee review of remuneration is required for any new judicial office, although it can be done retroactively within a reasonable time after the appointments. This is so even where those appointed to the new judicial office were transferred from a previous judicial office. Because ss. 27, 30 and 32 of the Act did not provide for retroactive committee review within a reasonable time after the appointments, these sections violate the financial security guarantee of judicial independence. The constitutional questions and our answers to them are set out in the Appendix to the reasons.

## II. Facts

[6] Before 2004, Quebec’s justice of the peace system comprised two categories of justices: justices of the peace with limited powers, who were public servants, and justices of the peace with expanded powers (“JPEPs”), who were authorized to exercise a wide array of judicial functions.

[7] In *Pomerleau v. The Queen*, 2003 CanLII 33471, the Quebec Court of Appeal held that the existing system was unconstitutional because it did not guarantee the independence of justices of the peace. Since justices of the peace with limited powers were subject to removal, the court declared that they did not have the required minimum guarantees of independence. The Court of Appeal refused to suspend the effects of that declaration.

[8] Six months after *Pomerleau*, the National Assembly adopted the Act, which replaced Part III.1 of the *CJA*, entitled “Justices of the Peace”, with a new part. The new part created the offices of “presiding justice of the peace” (“PJP”) and “administrative justice of the peace”. The key provisions of the Act are set out in the Appendix.

[9] Administrative justices of the peace exercise functions that do not require judicial independence. They are not at issue in this appeal.

[5] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d’avis d’accueillir en partie le pourvoi. Selon nous, il est nécessaire qu’un comité se penche sur la rémunération liée à toute nouvelle charge judiciaire, bien que cet examen puisse être fait rétroactivement dans un délai raisonnable après les nominations. Il en est ainsi même si les personnes nommées à la nouvelle charge judiciaire occupaient une ancienne charge. Comme les art. 27, 30 et 32 de la Loi ne prévoyaient pas l’examen rétroactif par un comité dans un délai raisonnable après les nominations, ces dispositions ne respectent pas la garantie de sécurité financière qu’exige l’indépendance judiciaire. Les questions constitutionnelles et nos réponses se trouvent en annexe aux présents motifs.

## II. Les faits

[6] Avant 2004, le système des juges de paix en place au Québec comprenait deux catégories de juges. Il y avait les juges de paix à pouvoirs restreints, qui étaient fonctionnaires, et les juges de paix à pouvoirs étendus (« JPPE »), autorisés à poser de nombreux actes de nature judiciaire.

[7] Dans l’arrêt *Pomerleau c. La Reine*, [2004] R.J.Q. 83, la Cour d’appel du Québec a conclu que le système en place était inconstitutionnel puisqu’il ne garantissait pas l’indépendance des juges de paix. Comme les juges de paix à pouvoirs restreints étaient amovibles, la cour a déclaré que ces juges ne jouissaient pas des garanties minimales d’indépendance. La Cour d’appel a refusé de suspendre l’effet de cette déclaration.

[8] Six mois après l’arrêt *Pomerleau*, l’Assemblée nationale a adopté la Loi. Cette loi venait remplacer la partie III.1 de la *LTJ*, « des juges de paix », par une nouvelle partie, qui créait les postes de « juge de paix magistrat » (« JPM ») et de « juge de paix fonctionnaire ». Les dispositions importantes de la Loi se trouvent à l’annexe.

[9] Les juges de paix fonctionnaires exercent des fonctions qui ne requièrent pas l’indépendance judiciaire. Ils ne sont pas visés par ce pourvoi.

[10] The functions of the PJP are similar to those of the JPEP. Unlike the JPEP, however, a PJP cannot preside over bail hearings or hear summary conviction proceedings under Part XXVII of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (*CJA*, s. 173 and Schedule V). The Act also included changes to the qualifications for PJPs and to the selection and appointment processes (*CJA*, ss. 161, 162 and 163). PJPs are now integrated into the Court of Québec (s. 169). Moreover, they have security of tenure until the age of 70 (ss. 165 to 166). Their salary and benefits are fixed by the government after receipt of the recommendations of a committee on the remuneration of judges and justices of the peace (ss. 175 and 176). PJPs participate in the pension plan established by the *Act respecting the Pension Plan of Management Personnel*, CQLR, c. R-12.1 (*CJA*, s. 178). Changes to this plan can be made only after a committee on the remuneration of judges and justices of the peace has reviewed them (s. 178 para. 2; s. 246.29).

[11] The Act also set out rules that governed the transition from the old system to the new. Section 26 of the Act provided that JPEPs who had been appointed before 2004 and were still in office in 2004 were to become PJPs. Section 27 provided that they were to retain the salary they had been receiving before then “until that salary is equal to the salary to be determined by the Government”, thus creating a higher level of remuneration. Further, in 2007, as a result of a Superior Court judgment regarding judges’ salaries for the period from 2001 to 2007, the former JPEPs were awarded a retroactive increase, raising their salary as of June 30, 2004, to \$137,280 (see *Conférence des juges du Québec v. Québec (Procureur général)*, 2007 QCCS 2672, [2007] R.J.Q. 1556).

[12] Moreover, s. 30 of the Act gave the government the power to unilaterally determine the salary of PJPs appointed on or after June 30, 2004. Under that section, the government made an order — Order 689-2004, (2004) 136 G.O. 2, 3531, of June 30, 2004 — in which it fixed the annual salary of PJPs at \$90,000. Section 32 of the Act provided that the

[10] Les attributions des JPM sont similaires à celles des JPPE. Cependant, contrairement aux JPPE, les JPM ne peuvent présider des enquêtes pour mise en liberté et présider des audiences sur des poursuites sommaires en vertu de la partie XXVII du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (*LTJ*, art. 173 et annexe V). La Loi comprenait également des changements portant sur les conditions d’admissibilité des JPM et sur le processus de sélection et de nomination (*LTJ*, art. 161, 162 et 163). Les JPM sont désormais intégrés à la Cour du Québec (art. 169). De plus, ils sont inamovibles jusqu’à l’âge de 70 ans (art. 165 à 166). Le traitement ainsi que les autres avantages sont déterminés par le gouvernement après réception des recommandations d’un comité de la rémunération des juges (art. 175 et 176). Les JPM participent au régime de retraite établi par la *Loi sur le régime de retraite du personnel d’encadrement*, RLRQ, c. R-12.1 (*LTJ*, art. 178). Ce régime ne peut être modifié qu’après l’intervention d’un comité de la rémunération des juges (art. 178 al. 2, art. 246.29).

[11] La Loi prévoit aussi les règles applicables au passage de l’ancien au nouveau régime. L’article 26 de la Loi prévoit que les JPPE nommés avant 2004 et en fonction en 2004 deviennent JPM. Selon l’article 27, ils conservent le traitement qu’ils recevaient antérieurement, « jusqu’à ce que ce traitement soit égal à celui qui sera établi par le gouvernement », ce qui a pour effet d’établir un palier supérieur de rémunération. En outre, en 2007, à la suite d’un jugement de la Cour supérieure relatif au traitement des juges pour la période de 2001 à 2007, les anciens JPPE reçoivent une augmentation rétroactive qui porte leur salaire au 30 juin 2004 à 137 280 \$ (voir *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2007 QCCS 2672, [2007] R.J.Q. 1556).

[12] De plus, l’art. 30 de la Loi confère au gouvernement le pouvoir de fixer unilatéralement le traitement des JPM nommés à compter du 30 juin 2004. En vertu de cet article, le 30 juin 2004, par le Décret 689-2004, (2004) 136 G.O. 2, 3531, le gouvernement fixe le salaire annuel des JPM à 90 000 \$. L’article 32 de la Loi énonce pour sa part

committee on the remuneration of judges and justices of the peace was not to begin exercising its functions with regard to PJPs until 2007.

[13] The first new PJPs were appointed in May 2005. The Conférence des juges de paix magistrats was created in December of that year.

[14] In 2008, a committee on the remuneration of judges and justices of the peace chaired by Daniel Johnson (the “Johnson Committee”) tabled its report on, among other subjects, the remuneration of PJPs. It concluded that it lacked the authority to retroactively review remuneration for the period from 2004 to 2007 (*Rapport du comité de la rémunération des juges* (2008) (online), at p. IV-17). The Johnson Committee recommended that the annual salary of PJPs be raised to \$110,000 for the period from 2007 to 2010 (p. IV-26). It recommended that the salary of the former JPEPs, then frozen at \$137,280, be maintained. The government adopted these recommendations by way of Order 932-2008.

[15] In November 2008, the 33 PJPs and the Conférence des juges de paix magistrats commenced proceedings in the Superior Court.

[16] In 2010, a committee on the remuneration of judges and justices of the peace chaired by Alban D’Amours (the “D’Amours Committee”) recommended that the salary of PJPs be raised to \$119,000 (*Rapport du Comité de la rémunération des juges* (2010) (online), at pp. IV-19 to IV-20), and that the salary of PJPs appointed before June 30, 2004, remain unchanged. The government adopted these recommendations. In 2013, a committee on the remuneration of judges and justices of the peace chaired by Michel Clair (the “Clair Committee”) reviewed the remuneration of PJPs once again. (See *Rapport du Comité de la rémunération des juges* (2013) (online).)

[17] Since 2013, the salary of PJPs appointed after 2004 has been identical to that of the former JPEPs. The existence of two tiers of remuneration has thus been eliminated.

que le Comité de la rémunération des juges n’exerce ses attributions concernant les JPM qu’à compter de 2007.

[13] Les premiers nouveaux JPM sont nommés en mai 2005. En décembre 2005, la Conférence des juges de paix magistrats est constituée.

[14] En 2008, un comité de la rémunération des juges présidé par Daniel Johnson (le « Comité Johnson ») dépose son rapport portant, entre autres, sur la rémunération des JPM. Le comité estime qu’il est sans pouvoir pour examiner rétroactivement la rémunération pour la période de 2004 à 2007 (*Rapport du comité de la rémunération des juges* (2008) (en ligne), p. IV-17). Le Comité Johnson recommande d’augmenter le traitement annuel des JPM pour le porter à 110 000 \$ pour la période de 2007 à 2010 (p. IV-26). Il recommande de maintenir le traitement des anciens JPPE, alors gelé à 137 280 \$. Le gouvernement adopte ces recommandations par le Décret 932-2008.

[15] En novembre 2008, les 33 JPM, ainsi que la Conférence des juges de paix magistrats, intentent un recours en Cour supérieure.

[16] En 2010, un comité de la rémunération des juges présidé par Alban D’Amours (le « Comité D’Amours ») recommande une augmentation du traitement des JPM qui le porterait à 119 000 \$ (*Rapport du Comité de la rémunération des juges* (2010) (en ligne), p. IV-19 à IV-20), et le maintien du statu quo concernant le traitement des JPM nommés avant le 30 juin 2004. Le gouvernement adopte ces recommandations. En 2013, un comité de la rémunération des juges et juges de paix présidé par Michel Clair (le « Comité Clair ») examine à nouveau la rémunération des JPM. (Voir le *Rapport du Comité de la rémunération des juges* (2013) (en ligne).)

[17] Depuis 2013, le traitement des JPM nommés après 2004 est identique à celui des anciens JPPE. En conséquence, les deux paliers de rémunération sont disparus.

### III. Judgments of the Courts Below

#### A. *Superior Court, 2012 QCCS 1021, [2012] R.J.Q. 729*

[18] The Conférence des juges de paix magistrats challenged the constitutionality of ss. 27, 30 and 32 of the Act, as well as of s. 178 of the *CJA* and Order 932-2008, on the basis that they compromised the judicial independence — and more specifically, the financial security — of PJPs. The judge dismissed the application.

[19] On the issue of the constitutionality of s. 27 of the Act, the application judge found that it suffices, when the government freezes judges' salaries, that it submit the decision to a committee on the remuneration of judges and justices of the peace within a reasonable time. In this case, the decision to freeze the remuneration of the former JPEPs who had become PJPs was submitted to and accepted by the Johnson and D'Amours committees. The time at issue was reasonable in the circumstances, as the government, although it could have acted more quickly, submitted the question of the freeze to a committee on the remuneration of judges and justices of the peace within three years.

[20] Turning to s. 30 of the Act, the application judge stressed that it was not until after the order establishing the remuneration of PJPs had been issued that candidates applied for the office and that they did so with full knowledge of the situation. This was therefore not a case of economic manipulation.

[21] The application judge further stated that, although the Johnson Committee had lacked the authority to intervene retroactively in order to assess the remuneration of PJPs for the period from 2004 to 2007, it had effectively validated the government's decision after the fact.

[22] The application judge added that the prerogative for fixing the starting remuneration of judges lies with the government and that there is no authority to the effect that, when creating a new category of judges, the government is first required to

### III. Décisions des juridictions inférieures

#### A. *Cour supérieure, 2012 QCCS 1021, [2012] R.J.Q. 729*

[18] La Conférence des juges de paix magistrats attaque la constitutionnalité des art. 27, 30 et 32 de la Loi, ainsi que l'art. 178 de la *LTJ* et le Décret 932-2008, au motif qu'ils portent atteinte à l'indépendance judiciaire — et plus spécifiquement, à la sécurité financière — des JPM. Le juge de la Cour supérieure du Québec rejette la requête.

[19] Au sujet de la constitutionnalité de l'art. 27 de la Loi, le juge saisi de la requête conclut qu'il est suffisant, lorsque le gouvernement procède à un gel du traitement des juges, qu'il soumette la décision à un comité de la rémunération des juges dans un délai raisonnable. En l'espèce, la décision de geler la rémunération des anciens JPPE devenus JPM a été soumise et entérinée par les Comités Johnson et D'Amours. Ce délai était raisonnable dans les circonstances, même si le gouvernement aurait pu agir plus rapidement, et ce, dans la mesure où ce dernier a soumis la question du gel à un comité de la rémunération des juges dans un délai de trois ans.

[20] À propos de l'art. 30 de la Loi, le juge saisi de la requête insiste sur le fait que ce n'est qu'après la promulgation du décret établissant la rémunération des JPM et, en pleine connaissance de cause, que les candidats au poste de JPM ont soumis leur candidature. Il ne peut donc être question de manipulation financière.

[21] Par ailleurs, selon le juge saisi de la requête, même si le Comité Johnson n'avait pas le pouvoir d'intervenir rétroactivement pour évaluer la rémunération des JPM pour la période allant de 2004 à 2007, il a, dans les faits, validé la décision du gouvernement a posteriori.

[22] Le juge saisi de la requête ajoute que la prérogative de fixation de la rémunération initiale des juges appartient au gouvernement, et rien dans la jurisprudence n'indique que le gouvernement qui crée une nouvelle catégorie de juges doit au préalable

submit their employment conditions to an independent committee. He concluded that s. 32 of the Act was valid.

[23] Finally, addressing the issue of the applicable pension plan, the application judge recognized that the plan for management personnel was less advantageous and more onerous than the one for judges of the Court of Québec. That said, two independent committees had considered the plan to be adequate.

[24] As a result, the application judge dismissed the applicants' motion in its entirety, without costs.

*B. Court of Appeal, 2014 QCCA 1654*

[25] The Court of Appeal dismissed the appeal. It found, first, that even though it may have been beneficial to obtain a recommendation from a committee on the remuneration of judges and justices of the peace before fixing the remuneration for the new office of PJP, the government was under no constitutional obligation to do so. In the court's opinion, such an obligation arises only where judges' employment conditions are modified by increasing, reducing or freezing their salary.

[26] The Court of Appeal noted that the Act had had the effect of creating two new offices (those of the PJP and the administrative justice of the peace), which had replaced the two existing categories of justices of the peace. Therefore, no salaries were increased, reduced or frozen; rather, a level of remuneration was fixed for a new office.

[27] Thus, the government's sole obligation was to order a salary level above the minimum threshold that would be required to ensure public confidence in the new judicial office. In this case, it is clear that the Court of Appeal considered the level of remuneration that was fixed to be high enough to guarantee the independence of the new PJPs.

[28] The Court of Appeal added that even if it had found that a prior recommendation from a

soumettre leurs conditions de travail à un comité indépendant. Il conclut que l'art. 32 de la Loi est valide.

[23] Finalement, abordant la question du régime de retraite applicable, le juge saisi de la requête reconnaît que le régime du personnel d'encadrement est moins avantageux et plus onéreux que le régime de retraite des juges de la Cour du Québec. Cela étant, deux comités indépendants ont estimé que ce régime était adéquat.

[24] Partant, le juge rejette la requête des requérants dans son entièreté, et ce, sans dépens.

*B. Cour d'appel, 2014 QCCA 1654*

[25] La Cour d'appel rejette le pourvoi. Tout d'abord, la cour estime que, quand bien même il aurait été bénéfique de le faire, le gouvernement n'avait pas l'obligation constitutionnelle d'obtenir une recommandation d'un comité de la rémunération des juges avant de fixer la rémunération rattachée à la nouvelle charge de JPM. Selon la Cour d'appel, une telle obligation existe seulement lorsque les conditions de travail des juges sont modifiées par augmentation, réduction ou gel de leur traitement.

[26] La Cour d'appel a constaté que la Loi a eu pour effet de créer deux nouvelles charges (celle de JPM et celle de juge de paix fonctionnaire), lesquelles ont remplacé les deux catégories existantes de juges de paix. Donc, il ne s'agissait pas d'une augmentation, d'une réduction ou d'un gel de traitement, mais de la fixation de la rémunération d'une nouvelle charge.

[27] Ainsi, la seule obligation qui revenait au gouvernement était de décréter un niveau de traitement supérieur au seuil minimum requis pour assurer la confiance du public dans la nouvelle instance judiciaire. Or, en l'espèce, il est clair que pour la Cour d'appel le niveau de rémunération fixé était suffisamment élevé pour garantir l'indépendance des nouveaux JPM.

[28] La Cour d'appel ajoute que même si elle avait conclu qu'une recommandation préalable d'un

committee on the remuneration of judges and justices of the peace was required, the remedy being sought would not have been granted, given the level of remuneration that had been ordered and the fact that there was no evidence of an attempt at economic manipulation. In the court's opinion, to make it a systemic obligation to proceed by means of a committee on the remuneration of judges and justices of the peace regardless of the circumstances would be to allow form to prevail over substance. Moreover, the Court of Appeal found that there was nothing unlawful *per se* in the existence of two tiers of remuneration, as the Constitution does not require uniformity in judges' salaries and benefits.

[29] On the issue of the establishment of the employment conditions of the former JPEPs, the Court of Appeal held that a reasonable and well-informed person would find that the Act, as a whole, had the effect of reinforcing the independence of those justices, who now benefit from broader guarantees of independence.

[30] Finally, regarding the pension plan established by s. 178 of the *CJA*, as amended by s. 1 of the Act, the Court of Appeal found that it was not unconstitutional, stating that [TRANSLATION] "the Constitution does not require the implementation of pension plans intended solely for and controlled by judges, but merely that judges benefit from a pension plan that takes into account the specificities of their duties" (para. 111 (CanLII)). Nor does the Constitution require a uniform pension plan for all PJPs. Given that three remuneration committees had concluded that the new pension plan was adequate, the Court of Appeal was of the opinion that the submissions in this regard should be rejected on the basis that a reasonable and well-informed person would conclude that the requisite minimum threshold was met and that the plan did not expose PJPs to attempts at economic manipulation.

#### IV. Principles

##### A. *Judicial Independence: General Principles*

[31] Judicial independence has its basis in the preamble to the *Constitution Act, 1867*, which

comité de la rémunération des juges s'imposait, la réparation demandée n'aurait pas été accordée de toute façon, vu le niveau de rémunération décrété et l'absence de preuve de tentative de manipulation financière. De l'avis de la cour, faire de l'étape du comité de la rémunération des juges une obligation systémique, quelles que soient les circonstances, équivaldrait à faire prévaloir la forme sur le fond. De plus, la Cour d'appel est d'avis que l'existence de deux paliers de traitement n'a rien d'illégal en soi, la Constitution n'exigeant pas l'uniformité de la rémunération et des autres avantages conférés aux juges.

[29] Sur la question de la fixation des conditions de travail des anciens JPPE, la Cour d'appel estime qu'une personne raisonnable et bien informée conclurait que la Loi, dans son ensemble, a eu pour effet de renforcer l'indépendance des anciens JPPE, lesquels bénéficient désormais de garanties d'indépendance plus étendues.

[30] Enfin, concernant le régime de retraite établi par l'art. 178 de la *LTJ*, et modifié par l'art. 1 de la Loi, la Cour d'appel estime que celui-ci n'est pas inconstitutionnel. En effet, « la Constitution n'exige pas la mise sur pied de régimes de retraite réservés aux juges et contrôlés par eux, mais uniquement qu'ils bénéficient d'un régime qui tient compte des particularités de leurs fonctions » (par. 111 (CanLII)). La Constitution n'exige pas non plus un régime de retraite uniforme pour tous les JPM. Trois comités de la rémunération ayant conclu que le nouveau régime de retraite est adéquat, la Cour d'appel est d'avis de rejeter l'argument sur le régime de retraite, et ce, dans la mesure où une personne raisonnable et bien informée conclurait que le seuil minimal requis est respecté et que le régime n'expose pas les JPM à des tentatives de manipulation financière.

#### IV. Principes

##### A. *Indépendance judiciaire : généralités*

[31] Le principe de l'indépendance judiciaire est issu du préambule de la *Loi constitutionnelle*

states that the Constitution of Canada is “similar in Principle to that of the United Kingdom” (see *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at p. 72). It is also based on s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which guarantees an accused the right to a fair trial before an impartial tribunal (*Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at pp. 685-89). This Court has recognized judicial independence as an unwritten constitutional principle (*Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (“1997 Reference”), at paras. 83-109). Judicial independence is important both for public confidence in the proper administration of justice and for the constitutional separation of powers (*1997 Reference*; *Ell v. Alberta*, 2003 SCC 35, [2003] 1 S.C.R. 857, at paras. 22-23; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, at paras. 37-38).

[32] The principle of judicial independence applies to all courts (*1997 Reference*, at para. 106). In *Ell*, this Court found that the principle extended to Alberta’s justices of the peace because these justices performed numerous judicial functions — most notably presiding at bail hearings and issuing search warrants — that significantly affected the rights and liberties of individuals (paras. 20-26). There is no dispute in this case that judicial independence applies to Quebec’s PJPs.

[33] Judicial independence entails three objective guarantees: security of tenure, financial security, and administrative independence (*1997 Reference*, at para. 115; *Valente*, at pp. 697-712). Each of these guarantees has both an individual and an institutional dimension (*1997 Reference*, at para. 118). The manner in which each of these guarantees may be satisfied varies with the context (*Ell*, at paras. 30-32). The ultimate question is whether a reasonable and informed person would perceive that the tribunal enjoys the objective guarantees (*Valente*, at p. 689, cited in *Ell*, at para. 32; see also *1997 Reference*, at para. 112). As such, judicial independence belongs not to judges, but to the public.

*de 1867*, qui prévoit que la Constitution du Canada repose sur « les mêmes principes que celle du Royaume-Uni » (voir *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, p. 72). Il est également issu de l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantit à l’accusé le droit à un procès équitable devant un tribunal impartial (*Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 685-689). Notre Cour a reconnu l’indépendance judiciaire comme principe constitutionnel non écrit (*Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (« *Renvoi de 1997* »), par. 83-109). L’indépendance judiciaire est importante à la fois pour la confiance du public dans l’administration de la justice et pour la séparation constitutionnelle des pouvoirs (*Renvoi de 1997*; *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S. 857, par. 22-23; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, par. 37-38).

[32] Le principe de l’indépendance judiciaire s’applique à tous les tribunaux judiciaires (*Renvoi de 1997*, par. 106). Dans l’arrêt *Ell*, la Cour reconnaît l’application de ce principe aux juges de paix de l’Alberta, ces derniers exerçant de nombreuses fonctions judiciaires — notamment présider des enquêtes sur mise en liberté sous caution et décerner des mandats de perquisition — susceptibles de restreindre de manière importante les droits et libertés d’individus (par. 20-26). Il ne fait aucun doute en l’espèce que l’indépendance judiciaire s’applique aux JPM du Québec.

[33] L’indépendance judiciaire exige trois garanties objectives : l’inamovibilité, la sécurité financière et l’indépendance administrative (*Renvoi de 1997*, par. 115; *Valente*, p. 697-712). Chacune de ces garanties possède une dimension individuelle et une dimension institutionnelle (*Renvoi de 1997*, par. 118). La manière de respecter ces garanties varie selon le contexte (*Ell*, par. 30-32). Il s’agit en définitive de déterminer si une personne raisonnable et renseignée conclurait que le tribunal bénéficie de ces garanties objectives (*Valente*, p. 689, cité dans *Ell*, par. 32; voir aussi le *Renvoi de 1997*, par. 112). Ainsi, l’indépendance judiciaire existe au profit, non pas des juges, mais du public. Les

The guarantees are not intended to be a means for judges to improve their working conditions (*1997 Reference*, at para. 9; *Ell*, at para. 29).

[34] This Court has examined the institutional dimension of the financial security guarantee on a number of occasions. This guarantee has three elements: first, remuneration cannot be changed without recourse to an independent committee (or commission); second, there are to be no negotiations between the judiciary and the executive or legislature regarding remuneration; and third, any reduction to remuneration cannot take it below a basic minimum level of remuneration required for the office of a judge (*1997 Reference*, at paras. 133-35; *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*, 2005 SCC 44, [2005] 2 S.C.R. 286 (“*Bodner*”), at paras. 8-11). The purpose of these elements is to ensure that the process of setting judicial remuneration remains, to the extent possible, consistent with the depoliticized relationship between the judiciary and the other branches of government (*1997 Reference*, at paras. 138-46; *Mackin*, at paras. 53-54; *Bodner*, at paras. 8-11 and 14-21). A minimum level of remuneration protects the integrity of the judicial office.

[35] The role of remuneration committees has been detailed elsewhere (see, in particular, *1997 Reference*, at paras. 147-85, and *Bodner*, at paras. 13-21). Only a few points bear repeating here. The committee must review all proposed changes to remuneration: remuneration cannot be “reduced, increased, or frozen” without prior recourse to a committee (*1997 Reference*, at para. 133; see also para. 174; *Mackin*, at paras. 57 and 69). Further, the committee reviews overall remuneration: salary, pensions, and other benefits are considered together as part of overall remuneration (*Valente*, at p. 704). Finally, the committee’s recommendations are not binding (*Bodner*, at paras. 19-20). The government may depart from the committee’s recommendations provided it gives “rational reasons” (para. 21).

garanties ne sont pas là pour permettre aux juges d’améliorer leurs conditions de travail (*Renvoi de 1997*, par. 9; *Ell*, par. 29).

[34] La Cour s’est penchée sur la dimension institutionnelle de la garantie de sécurité financière à quelques reprises. Cette garantie comporte trois éléments : premièrement, la rémunération ne saurait être modifiée sans l’aval d’un comité indépendant — ou commission; deuxièmement, elle ne saurait faire l’objet de négociations entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif ou la législature; troisièmement, elle ne saurait être abaissée sous le seuil minimum requis par la charge de juge (*Renvoi de 1997*, par. 133-135; *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*, 2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286 (« *Bodner* »), par. 8-11). L’objectif de ces éléments est d’assurer que le processus de fixation de la rémunération des juges respecte, dans la mesure du possible, le principe de dépolitisation des rapports entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs de l’État (*Renvoi de 1997*, par. 138-146; *Mackin*, par. 53-54; *Bodner*, par. 8-11 et 14-21). Un seuil minimal de rémunération protège l’intégrité de la magistrature.

[35] Le rôle des comités de la rémunération des juges a déjà été expliqué en détail dans d’autres affaires (voir, plus particulièrement, le *Renvoi de 1997*, par. 147-185, et *Bodner*, par. 13-21). Seuls quelques points méritent d’être répétés ici. Le comité doit examiner toutes les modifications proposées à la rémunération : les traitements ne peuvent être « réduits, haussés ou bloqués » sans recours préalable à un comité (*Renvoi de 1997*, par. 133; voir aussi par. 174; *Mackin*, par. 57 et 69). Par ailleurs, le comité examine la rémunération de façon globale : le traitement, le régime de retraite et les autres avantages sont considérés dans la rémunération globale (*Valente*, p. 704). Enfin, les recommandations du comité ne sont pas exécutoires (*Bodner*, par. 19-20). Le gouvernement peut s’en écarter à condition de justifier sa décision par des « motifs rationnels » (par. 21).

B. *Judicial Independence in the Context of Judicial Reform*

[36] The seminal cases in the judicial independence jurisprudence do not address the issue of the financial security guarantee in the context of broad court reforms. In *Valente*, the question was whether or not the Ontario Provincial Court was an independent tribunal. In *Beauregard*, a Quebec Superior Court judge challenged the constitutional validity of a newly enacted provision providing that Superior Court judges would be required to contribute to the cost of their pension plan. *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, for its part, concerned the remuneration of existing members of military tribunals. The *1997 Reference* involved numerous changes made by legislatures to the remuneration of provincial court judges as a result of provincial governments' efforts to balance their budget. In *Mackin*, the violation of judicial independence was the result of the abolition of the status of supernumerary judge and the creation of the position of per diem judge. While the Court found that tenure security was not infringed since there was no removal from office, it nevertheless found that financial security was violated. The absence of an independent remuneration committee was fatal. Finally, *Bodner* concerned the nature of judicial remuneration committees and the obligation of governments to respond to these recommendations.

[37] In *Ell*, the issue was whether a reform to the Alberta justices of the peace regime infringed the tenure security of existing justices who lost their position as a result of this reform. This Court found that since their removal was not arbitrary, it did not violate the security of tenure guarantee (paras. 37-41). However, *Ell* concerned the tenure guarantee, and did not raise any issue regarding financial security.

[38] Thus, while the principles in these cases assist in our analysis, the application of the financial security guarantee in the context of broad judicial reform is an issue of first impression before this Court.

B. *L'indépendance judiciaire dans le contexte d'une réforme judiciaire*

[36] Les arrêts de principe concernant l'indépendance judiciaire n'abordent pas la question de la garantie de sécurité financière dans le contexte d'une réforme judiciaire générale. Dans l'affaire *Valente*, il s'agissait de déterminer si la Cour provinciale de l'Ontario était un tribunal indépendant. Dans l'affaire *Beauregard*, un juge de la Cour supérieure du Québec contestait la constitutionnalité d'une nouvelle disposition obligeant les juges de ce tribunal à cotiser à leur régime de pension. Pour sa part, l'arrêt *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, portait sur la rémunération des membres en exercice des tribunaux militaires. Le *Renvoi de 1997* portait sur les nombreuses modifications apportées par les législatures à la rémunération des juges des cours provinciales dans la foulée des efforts déployés par les gouvernements provinciaux pour atteindre l'équilibre budgétaire. Dans l'affaire *Mackin*, il avait été reconnu que l'abolition des fonctions de juge surnuméraire et la création de la charge de juge rémunéré sur une base journalière avaient porté atteinte au principe de l'indépendance judiciaire. La Cour a conclu que si l'inamovibilité n'avait pas été touchée, puisqu'il n'y avait pas eu révocation de charge, il n'en allait pas de même de la sécurité financière. L'absence d'un comité indépendant était fatale. Enfin, l'arrêt *Bodner* portait sur la nature des comités et l'obligation des gouvernements de donner suite à leurs recommandations.

[37] Dans l'affaire *Ell*, la Cour devait décider si la garantie d'inamovibilité avait été respectée par une réforme albertaine ayant éliminé des postes de juges de paix. La Cour a conclu que les destitutions n'étaient pas arbitraires et que la réforme ne portait donc pas atteinte à la garantie d'inamovibilité (par. 37-41). Toutefois, l'arrêt *Ell* concernait l'inamovibilité et ne portait aucunement sur la sécurité financière.

[38] En conséquence, bien que les principes qui se dégagent de ces affaires puissent servir à notre analyse, c'est la première fois que la Cour se penche sur l'application de la garantie de sécurité financière dans le contexte d'une réforme judiciaire générale.

[39] Legislatures have the power and responsibility to legislate in relation to the administration of justice (*Constitution Act, 1867*, ss. 92(14), 96 and 101). This includes the power to create, transform and abolish judicial offices. Provincial legislatures also have power over the jurisdiction of the courts they create (*MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at paras. 10-12). Reforms can contribute to public confidence in the administration of justice. Indeed, by implementing reforms to the justice system, governments and legislatures often play an active role in ensuring and enhancing public confidence in the judiciary. Reforms can be driven by a number of reasons: improving the independence and qualifications of judicial officers, adapting to new realities, and increasing access to justice. However, all reforms must respect the constitutional requirements for judicial independence (paras. 36-37) and the core jurisdiction of the courts established under s. 96 of the *Constitution Act, 1867*.

[40] A judicial reform may raise questions of judicial independence both for judges occupying offices that are reformed or abolished, and for judges appointed into newly created positions. Where a reform affects the conditions of sitting judges, the reform may engage all three objective guarantees of judicial independence (security of tenure, financial security, and administrative independence). However, any measure that affects remuneration will automatically trigger the institutional dimension of financial security (*Mackin*, at para. 61).

[41] In this case, the impact of the reform on the other guarantees of judicial independence — such as tenure security — is not at issue. The appeal raises issues relating to the financial security guarantee in the context of a judicial reform. Thus, the question is whether the requirement for prior committee review of the remuneration of a *new* judicial office is necessary to satisfy a reasonable and informed person that the court enjoys the objective guarantee of financial security.

[39] Les législatures ont le pouvoir et la responsabilité de légiférer en matière d'administration de la justice (*Loi constitutionnelle de 1867*, par. 92(14), art. 96 et 101) et notamment de créer, de transformer et d'abolir des charges judiciaires. Les législatures provinciales ont également compétence sur les tribunaux qu'elles créent (*MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, par. 10-12). Les réformes sont susceptibles d'améliorer la confiance du public dans l'administration de la justice. En effet, en réformant le système de justice, les gouvernements et les législatures contribuent activement à assurer et à renforcer la confiance du public envers le pouvoir judiciaire. Divers besoins dictent ces changements : accroissement de l'indépendance des officiers de justice et rehaussement de leurs compétences, adaptation aux nouvelles réalités et amélioration de l'accès à la justice. Cependant, les exigences constitutionnelles relatives à l'indépendance judiciaire (par. 36-37) et la juridiction fondamentale des tribunaux constitués en vertu de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* doivent être respectées.

[40] Il se peut qu'une réforme judiciaire suscite des interrogations concernant l'indépendance judiciaire à l'égard non seulement des juges dont la charge a été modifiée ou abolie, mais aussi de ceux qui sont nommés à une charge nouvellement créée. Une réforme qui modifie les conditions de travail des juges en exercice est susceptible de toucher les trois garanties objectives d'indépendance judiciaire (inamovibilité, sécurité financière et indépendance administrative). Toutefois, toute mesure ayant une incidence sur la rémunération des juges mettra automatiquement en jeu la dimension institutionnelle de la sécurité financière (*Mackin*, par. 61).

[41] Dans la présente affaire, l'incidence de la réforme sur les autres garanties d'indépendance judiciaire — l'inamovibilité, à titre d'exemple — n'est pas en litige. Le pourvoi soulève des questions liées à la garantie de sécurité financière dans le contexte d'une réforme judiciaire. La Cour doit donc décider s'il faut absolument que la rémunération associée à une *nouvelle* charge judiciaire soit soumise à l'examen préalable d'un comité de la rémunération des juges pour convaincre la personne raisonnable et renseignée que la cour bénéficie de la garantie objective de sécurité financière.

V. Issues

[42] The specific issues in this case are as follows:

- (1) Is a committee review necessary when a new judicial office is created?
- (2) If committee review is necessary when a new judicial office is created, when should that review take place?
- (3) Should sitting judges “transferred” to a new office be treated differently?
- (4) What qualifies as a “new judicial office”?
- (5) Were these requirements satisfied in the case at bar?

VI. Analysis

- (1) *Is a Committee Review Necessary When a New Judicial Office Is Created?*

[43] The Court of Appeal found that because the amendments created a new judicial office, no committee review of the initial remuneration was required. The court found that the requirement for prior committee review applied only when judges’ remuneration is increased, reduced or frozen, because in these contexts, committee review guards against any government attempt to financially manipulate judges. Similarly, the respondent the Attorney General of Quebec argues that the safeguarding function of the remuneration committee — namely to avoid negotiations and maintain a depoliticized relationship between the judiciary and the other branches — is not required when a legislature creates a new office, because there is no risk of the government exerting political pressure on judges who have not yet been appointed.

[44] We disagree. Such an approach may have the unintended effect of permitting the legislature to

V. Questions en litige

[42] Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

- (1) Une nouvelle charge judiciaire doit-elle être examinée par un comité de la rémunération des juges?
- (2) Si une nouvelle charge judiciaire doit être examinée par un comité de la rémunération des juges, quand cet examen devrait-il avoir lieu?
- (3) Les juges en exercice qui « sont transférés » à une nouvelle charge doivent-ils être traités différemment?
- (4) Qu’est-ce qui caractérise une « nouvelle charge judiciaire »?
- (5) Ces conditions ont-elles été respectées en l’espèce?

VI. Analyse

- (1) *Une nouvelle charge judiciaire doit-elle être examinée par un comité de la rémunération des juges?*

[43] Selon la Cour d’appel, comme les modifications en cause créaient une nouvelle charge judiciaire, il n’était pas nécessaire de soumettre à l’examen d’un comité la rémunération initiale. Selon elle, l’exigence d’un examen préalable par un comité ne s’applique que si la rémunération des juges est augmentée, réduite ou gelée; l’examen sert alors à parer aux possibilités de manipulation financière des juges par le gouvernement. De même, la procureure générale du Québec soutient que le rôle protecteur du comité — qui consiste notamment à éviter les négociations et à maintenir des rapports dépolitisés entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs — n’est d’aucune utilité lorsqu’une législature crée une nouvelle charge, parce que le gouvernement est incapable d’exercer des pressions politiques sur des juges n’ayant pas encore été nommés.

[44] Nous ne partageons pas cet avis. Un tel raisonnement peut entraîner un résultat non souhaitable :

use the creation of judicial offices to circumvent the requirements set out in the *1997 Reference*: a legislature could effectively change or freeze judicial remuneration without recourse to a remuneration committee by simply creating a new office and wiping the slate clean.

[45] As noted above, it is a clearly established principle that any changes or freezes in judicial remuneration require prior recourse to a committee to avoid the possibility or appearance of political interference through economic manipulation (*1997 Reference*, at para. 133). This obligation arises whether or not the judicial offices are filled at the time of the proposed change. Although the concern regarding economic manipulation is not as strong when the government establishes the initial remuneration of a new office as it is when it increases, decreases or freezes remuneration in an office with sitting judges, the concern remains real. For example, the government should not be able to simply replace one court with another, adjust the jurisdiction, transfer the judges and reduce the remuneration, without any safeguards. This is especially true where the core jurisdiction remains. Such a scenario would raise the perception of a serious risk of financial manipulation. Personal financial considerations should never be seen as playing any role in judicial decision-making. The public needs assurance that changes to a judicial office that could result in financial consequences for judges cannot by-pass the constitutional assurance of review by an arm's-length committee.

[46] In addition, public confidence in the judiciary may be undermined if the new remuneration does not meet the constitutional minimum required to ensure the integrity of the new office (*1997 Reference*, at para. 193). A certain minimum level of remuneration also promotes a well-qualified judiciary. But without committee review of the initial remuneration, there is no guarantee — or public assurance — that the constitutional minimum is met.

la législature pourrait utiliser son pouvoir de créer des charges judiciaires pour contourner les exigences établies dans le *Renvoi de 1997*; elle pourrait modifier ou geler la rémunération des juges sans constituer de comité, et ce, en créant simplement une nouvelle charge et en faisant table rase.

[45] Comme nous l'avons mentionné, un principe clairement établi veut que toute modification ou tout gel de la rémunération des juges soit préalablement soumis à l'examen d'un comité afin d'éviter toute possibilité ou apparence d'ingérence politique par le biais de la manipulation financière (*Renvoi de 1997*, par. 133). Cette obligation existe, que la charge judiciaire soit pourvue ou non au moment de la modification proposée. Bien que la crainte d'une manipulation financière soit moins élevée lorsque le gouvernement fixe la rémunération associée à une nouvelle charge que lorsqu'il augmente, diminue ou gèle celle de juges en exercice, cette crainte est toujours réelle. À titre d'exemple, le gouvernement ne saurait simplement remplacer un tribunal par un autre, en modifier la juridiction, transférer les juges et réduire leur rémunération, sans garantie, tout particulièrement si la juridiction principale du tribunal en question est maintenue. Un tel scénario pourrait être perçu comme présentant un risque grave de manipulation financière. Il ne faut jamais que les considérations financières personnelles paraissent avoir joué un rôle dans les décisions des juges. Le public doit avoir l'assurance que les modifications à une charge judiciaire susceptibles d'entraîner des conséquences financières pour ses titulaires ne peuvent être soustraites au crible constitutionnel que représente l'examen par un comité indépendant.

[46] De plus, il y a un risque de miner la confiance du public envers le pouvoir judiciaire si la nouvelle rémunération ne satisfait pas au minimum constitutionnel requis pour assurer l'intégrité de la nouvelle charge (*Renvoi de 1997*, par. 193). Un certain seuil minimum de rémunération promet également une magistrature compétente. Or, à défaut d'examen de la rémunération initiale par un comité, il n'existe aucune garantie — ni assurance pour le public — que le minimum constitutionnel est respecté.

[47] As a result, we are of the view that in order to adequately protect judicial independence in such circumstances, whenever a new judicial office is created, an independent review of the initial remuneration of judges appointed to the new office is always necessary. This ensures that all judicial remuneration is reviewed, regardless of whether the remuneration of an existing office is changed or a new office is created.

(2) *If Committee Review Is Necessary When a New Judicial Office Is Created, When Should That Review Take Place?*

[48] The application judge raised the possibility of review within a reasonable delay after the new office was implemented, albeit in a different context. For its part, the Attorney General of Quebec argues that while retroactive review may be beneficial, if prior review is not required, neither is retroactive review.

[49] In our view, when the government sets the initial remuneration of a newly created judicial office, review by a remuneration committee may take place within a reasonable time *after* the appointment of the new judges. There are both principled and practical reasons for this.

[50] The manner in which the conditions of judicial independence may be satisfied varies with the context (*Ell*, at para. 30). While committee review is always required for the implementation of judicial remuneration, in our view, the manner in which this requirement may be satisfied is different in the context of a new judicial office. There are two relevant contextual considerations: first, the legislature has the constitutional power to reform courts; and second, as previously noted, the risk of political pressure or economic manipulation is not as strong in the context of a reform that creates a new judicial office. In this context, requiring that the initial remuneration of the new office be subject to a retroactive review by a committee within a reasonable time is a sufficient safeguard for the financial security guarantee. It ensures that remuneration will be reviewed in a timely enough fashion to correct any

[47] C'est pourquoi nous sommes d'avis que, pour protéger adéquatement l'indépendance judiciaire dans de telles circonstances, dès lors qu'il y a création d'une charge judiciaire, un examen indépendant de la rémunération initiale des juges nommés à la nouvelle charge doit avoir lieu. Ainsi, la rémunération de tous les juges est examinée, qu'il y ait modification de la rémunération associée à une charge existante ou création d'une nouvelle charge.

(2) *Si une nouvelle charge judiciaire doit être examinée par un comité de la rémunération des juges, quand cet examen devrait-il avoir lieu?*

[48] Le juge saisi de la requête a évoqué la possibilité, dans un autre contexte, d'un examen dans un délai raisonnable après la création de la nouvelle charge. Pour sa part, la procureure générale du Québec soutient que, si un examen préalable n'est pas nécessaire, il en va de même d'un examen rétroactif, même si ce dernier pourrait se révéler utile.

[49] À notre avis, lorsque le gouvernement fixe la rémunération associée à une nouvelle charge judiciaire, l'examen par un comité peut avoir lieu dans un délai raisonnable *après* la nomination des nouveaux juges. Des raisons de principe et des raisons pratiques le justifient.

[50] La manière de satisfaire aux conditions de l'indépendance judiciaire varie selon le contexte (*Ell*, par. 30). À notre avis, bien qu'il soit toujours nécessaire de soumettre la rémunération des juges à un comité, la manière avec laquelle cette exigence est satisfaite diffère dans le cas de la création d'une nouvelle charge. Il existe deux facteurs contextuels pertinents : premièrement, la législature dispose du pouvoir constitutionnel de réformer les tribunaux; et deuxièmement, comme nous l'avons souligné, le risque de pression politique ou de manipulation économique est plus faible dans le cas d'une réforme se soldant par la création d'une nouvelle charge judiciaire. Dans ce contexte, exiger l'examen rétroactif de la nouvelle charge par un comité, dans un délai raisonnable, protège suffisamment la garantie de sécurité financière. Ainsi, la rémunération est examinée dans un délai assez court pour en

deficiency if it is found to be below the constitutional minimum. At the same time, it enables legislatures to fulfill their constitutional role effectively.

[51] Such a requirement provides governments with flexibility, while not imposing unwarranted barriers to the effective implementation of court reform initiatives.

[52] Moreover, it is simply more efficient to consider the new office-holders all together. In fact, requiring retroactive review rather than prior review may actually serve to *increase* the protection of financial security. As the Court explained in *Bodner*, at para. 17, a remuneration committee “must objectively consider the submissions of all parties” (emphasis added). But if a committee were required to review remuneration prior to the establishment of a new judicial office and before any judges had been appointed into the new office, there would be no office-holders to make submissions before the committee. Therefore, the proper functioning of the committee would likely be hindered. But where the review takes place within a reasonable time after the appointment of the judges to the new office, this allows the cohort of newly appointed judges to fully participate in the committee process.

[53] In addition, requiring prior recourse to a remuneration committee before setting the initial remuneration of a new judicial office would necessarily create delays. Establishing a remuneration committee takes time. As the intervenor the Attorney General of Ontario points out, in establishing a committee for a new judicial office, “there are many issues, and many options on those issues, that the government will have to consider before establishing an independent, effective and objective special process for setting the remuneration” of that new office (*Masters’ Association of Ontario v. Ontario*, 2011 ONCA 243, 105 O.R. (3d) 196, at para. 70, quoted in I.F., at para. 29). These issues may include the question of whether the appropriate forum is an existing or a new committee, its size, structure, powers and membership and what objective criteria the committee is mandated to consider. While the committee process is a constitutional requirement, it

permettre la révision si elle est jugée inférieure au minimum constitutionnel. En même temps, les législatures peuvent ainsi s’acquitter efficacement de leur rôle constitutionnel.

[51] Une telle exigence donne de la latitude aux gouvernements tout en n’entravant pas indûment la mise en œuvre efficace des initiatives de réforme judiciaire.

[52] En réalité, l’exercice est simplement plus efficace une fois tous les nouveaux titulaires de charge nommés. En fait, il se peut qu’exiger un examen rétroactif plutôt qu’un examen préalable *accroisse* effectivement la protection de la sécurité financière. Comme la Cour l’explique, au par. 17 de l’arrêt *Bodner*, le comité de rémunération « doit examiner objectivement les arguments de toutes les parties » (nous soulignons). Or, si un comité devait se pencher sur la rémunération avant la création de la nouvelle charge judiciaire, et avant la nomination des juges, aucun titulaire de charge ne serait en mesure de lui présenter des observations. Le bon fonctionnement du comité s’en trouverait donc probablement gêné. Cependant, si l’examen a lieu dans un délai raisonnable après la nomination des juges à la nouvelle charge, ces juges auraient l’occasion de participer pleinement au processus d’examen.

[53] De surcroît, exiger la tenue d’un comité avant que ne soit fixée la rémunération rattachée à la nouvelle charge entraînerait nécessairement des retards. Mettre sur pied un comité prend du temps. Comme le souligne le procureur général de l’Ontario, intervenant en l’espèce, lorsqu’il s’agit de constituer un comité appelé à examiner une nouvelle charge judiciaire, [TRADUCTION] « il y a de nombreuses questions et de nombreuses solutions, et le gouvernement doit en tenir compte avant d’établir un mécanisme extraordinaire qui soit indépendant, efficace et objectif pour la détermination de la rémunération » associée à cette nouvelle charge (*Masters’ Association of Ontario c. Ontario*, 2011 ONCA 243, 105 O.R. (3d) 196, par. 70, cité dans le m.i., par. 29). À titre d’exemple, parmi les questions, il pourrait y avoir celle de savoir si la tribune appropriée serait un comité existant ou un nouveau comité, de même que d’autres portant sur sa taille, sa structure, ses

should not cause unnecessary delays in rolling out reforms.

[54] The imposition of structural barriers to reforms aimed at improving the independence and qualifications of judges would undermine the public's confidence in the administration of justice rather than increasing it. Taking into account that "the conditions of independence are intended to protect the interests of the public", and that they are a "means to safeguard our constitutional order and to maintain public confidence in the administration of justice", such barriers should be avoided (*Ell*, at para. 29). Therefore, in our view, when a new office is created, a committee must review the initial remuneration, but this review can take place within a reasonable time after the appointment of judges into the new office.

[55] Governments have a variety of options for structuring a judicial remuneration committee so long as it is "[i]ndependent, [e]ffective and [o]bjective" (*1997 Reference*, at paras. 166-74). For example, the government could decide to conduct a simplified process for the first committee review, without "formal hearings, the calling of evidence, commission counsel, intervenors . . . or any of the other accoutrements common to public or judicial commissions" (*Ontario Deputy Judges Assn. v. Ontario* (2006), 80 O.R. (3d) 481 (C.A.), at para. 36).

[56] A "reasonable time" refers to the time it takes to set up a committee process as soon as some judges have been appointed into the new office. Because the minimum adequate remuneration ensures judicial integrity, the retroactive review should be conducted within a reasonable time after the appointment of judges into the new office. In establishing this "reasonable time" requirement, we are not here referring to the three- to five-year period described in the *1997 Reference*. Indeed, that time period serves a different purpose; namely to "guard against the possibility that government inaction could be used as a means of economic manipulation by allowing

pouvoirs et sa formation ainsi que les critères objectifs dont il devrait tenir compte. Bien que l'établissement d'un comité réponde à une exigence constitutionnelle, cela ne devrait pas entraîner de retard inutile dans la mise en œuvre d'une réforme.

[54] En imposant des obstacles structurels à des réformes destinées à renforcer l'indépendance et à améliorer les compétences des juges, on minerait la confiance du public dans l'administration de la justice au lieu de l'accroître. Vu que « les conditions d'indépendance sont censées protéger les intérêts du public » et que l'indépendance judiciaire est un « moyen de préserver notre ordre constitutionnel et de maintenir la confiance du public dans l'administration de la justice », il faut éviter d'imposer de tels obstacles (*Ell*, par. 29). En conséquence, nous sommes d'avis que, lorsqu'une nouvelle charge est créée, la rémunération initiale qui y est rattachée doit être soumise à un comité, mais que cet examen peut avoir lieu dans un délai raisonnable après la nomination des juges à cette nouvelle charge.

[55] Les gouvernements peuvent structurer de diverses façons les commissions, pourvu qu'elles soient « indépendantes, efficaces et objectives » (*Renvoi de 1997*, par. 166-174). À titre d'exemple, le gouvernement pourrait opter pour un processus simplifié pour le premier examen, sans [TRADUCTION] « audience formelle, production de preuve, avocats de la commission, intervenants [. . .] et tout ce qu'emportent les commissions publiques ou judiciaires » (*Ontario Deputy Judges Assn. c. Ontario* (2006), 80 O.R. (3d) 481 (C.A.), par. 36).

[56] Un « délai raisonnable » s'entend du temps qu'il faut pour mettre sur pied un comité aussitôt que certains juges sont nommés à la nouvelle charge. Puisqu'une rémunération minimale adéquate assure l'intégrité judiciaire, l'examen rétroactif devrait avoir lieu dans un délai raisonnable après la nomination des juges à la nouvelle charge. En imposant cette condition d'un « délai raisonnable », nous ne parlons pas ici du délai de trois à cinq ans dont il est question dans le *Renvoi de 1997*. En effet, ce délai vise une fin différente, à savoir « parer à la possibilité que l'inaction du gouvernement puisse servir de moyen de manipulation financière du fait qu'on

judges' real salaries to fall because of inflation, and also to protect against the possibility that judges' salaries will drop below the adequate minimum required by judicial independence" (*1997 Reference*, at para. 147). In order to achieve this objective, the Court deemed that "[a] commission must convene if a fixed period of time (e.g., three to five years) has elapsed since its last report, in order to consider the adequacy of judges' salaries in light of the cost of living and other relevant factors" (para. 147). As we are here dealing with very different circumstances and purpose, the "reasonable time" period for retroactive review will be much shorter. It will reflect the time required to implement the reform, to establish the appropriate review committee and to ensure proper participation by the new judicial officers. It will generally be measured in months, and not in years.

(3) *Should Sitting Judges "Transferred" to a New Office Be Treated Differently?*

[57] With respect to sitting judges who are transferred to a new office, the appellants argue that the *1997 Reference* requires that any changes in the remuneration of sitting judges require prior committee review, regardless of whether a new office is created. Governments cannot by-pass this requirement simply by making changes to a judicial office. From the sitting judges' perspective, whether it occurs in an existing or new judicial office, a change in remuneration has the same implications for them, and for the existing relationship between the executive and the judiciary.

[58] There is some force to these submissions. As discussed, the purpose of the committee process is to maintain a depoliticized relationship between the judiciary and the other branches of government and to guard against the possibility or perception of political interference through economic manipulation (*1997 Reference*, at paras. 138-47 and 166). No doubt the impact on the judge and on the relationship between the executive and the judge holding a new judicial office is greater where a judicial relationship already

laisserait les traitements réels des juges reculer à cause de l'inflation, et aussi pour parer à la possibilité que ces traitements tombent sous le minimum requis pour assurer l'indépendance de la magistrature » (*Renvoi de 1997*, par. 147). Afin d'atteindre cet objectif, la Cour estime dans le *Renvoi de 1997* que « la commission doit se réunir si une période déterminée (par exemple de trois à cinq années) s'est écoulée depuis la présentation de son dernier rapport, afin d'étudier le caractère adéquat des traitements des juges à la lumière du coût de la vie et d'autres facteurs pertinents » (par. 147). Comme en l'espèce les circonstances et l'objet sont très différents, le « délai raisonnable » dans lequel l'examen rétroactif doit avoir lieu sera beaucoup plus court. Il est fonction du temps nécessaire à la réforme, à la constitution du comité et à une participation adéquate des nouveaux officiers de justice. Il se calcule de façon générale en mois et non en années.

(3) *Les juges en exercice qui « sont transférés » à une nouvelle charge doivent-ils être traités différemment?*

[57] Les appelants soutiennent que le *Renvoi de 1997* exige que toute modification à la rémunération des juges en exercice, que ce soit en raison de la création d'une nouvelle charge ou non, soit soumise à l'examen préalable d'un comité. Les gouvernements ne sauraient se soustraire à cette exigence en modifiant simplement une charge judiciaire. Du point de vue des juges en exercice, les effets d'une modification à leur rémunération sont les mêmes pour eux et pour les rapports entre l'exécutif et le judiciaire, que la modification découle de la création d'une nouvelle charge ou qu'elle intervienne dans le cadre d'une charge existante.

[58] Ces arguments sont pertinents. Comme nous l'avons mentionné, l'objectif des comités est de maintenir des rapports dépolitisés entre le judiciaire et les autres pouvoirs de l'État, et d'éviter la possibilité d'ingérence politique exercée par le biais de la manipulation financière ou la perception qu'une telle situation existe (*Renvoi de 1997*, par. 138-147 et 166). Il ne fait aucun doute que les effets sur le juge titulaire d'une nouvelle charge et sur les rapports entre ce dernier et l'exécutif sont plus importants

exists. According to the appellants, sitting judges should therefore receive the enhanced protections accorded in the *1997 Reference*, namely prior review of all proposed changes in remuneration.

[59] But in our view, in the context of broader judicial reforms, the same reasons that justify deferring committee review for newly appointed judges apply equally to sitting judges. It falls within the legislature's constitutional authority to implement court reforms for important public policy reasons. Requiring prior review for sitting judges would create delays for judicial reforms in the public interest and, as in the case at bar, potentially prolong an unconstitutional judicial regime. As such, though prior review normally affords sitting judges enhanced judicial independence protections, requiring prior review in circumstances where a new judicial office is created for the purposes of remedying an otherwise unconstitutional regime may actually undermine judicial independence and negatively affect public perception. And the principle of judicial independence exists for the benefit of the public, not for the judge. Viewed from the perspective of the public, a review within a reasonable time for all judges is an effective safeguard for financial security, even if some judges were previously serving in another judicial office.

[60] In addition, there are important pragmatic reasons for review within a reasonable time when a new judicial office is filled in part by those transferred from another judicial office. If remuneration of sitting judges must be reviewed prior to the reform, but remuneration of newly appointed judges may be reviewed after, a committee would need to be convened twice — once before the reform, and once again after. By contrast, if the remuneration of transferred judges is reviewed at the same time as that of the newly appointed judges, the committee can review all the remuneration together, in the context of the whole reform. This enables the committee to better fulfill its mandate.

lorsqu'il existe déjà un lien judiciaire. Selon les appelants, les juges en exercice devraient en conséquence bénéficier des protections accrues accordées dans le *Renvoi de 1997* et notamment l'examen préalable de toute modification proposée à la rémunération.

[59] Or, à notre avis, dans le contexte d'une réforme judiciaire générale, les raisons qui justifient que soit reportée la tenue d'un comité dans le cas des juges nouvellement nommés s'appliquent tout autant aux juges en exercice. Les législatures ont le pouvoir constitutionnel d'adopter des réformes judiciaires pour des raisons importantes d'intérêt public. Exiger un examen préalable dans le cas de juges en exercice retarderait la mise en œuvre des réformes judiciaires fondées sur l'intérêt public, et risque, comme en l'espèce, de prolonger un régime judiciaire inconstitutionnel. Ainsi, bien qu'un examen préalable assure normalement aux juges en exercice des garanties accrues en matière d'indépendance judiciaire, exiger un examen préalable, alors qu'une charge judiciaire est créée pour corriger un régime inconstitutionnel, risque en fait de porter atteinte à l'indépendance judiciaire et de miner la perception du public. Rappelons que le principe de l'indépendance judiciaire existe au profit du public et non du juge. Pour le public, la tenue dans un délai raisonnable d'un examen portant sur la situation de tous les juges protège efficacement la sécurité financière, même si certains juges occupaient antérieurement une autre charge judiciaire.

[60] En outre, d'importantes raisons pratiques justifient de tenir l'examen dans un délai raisonnable lorsqu'une nouvelle charge judiciaire est pourvue en partie par des personnes qui occupaient l'ancienne. S'il fallait examiner la rémunération des juges en exercice avant la réforme, et celle des nouveaux juges après, il faudrait réunir le comité deux fois. En revanche, si la rémunération des juges transférés est examinée en même temps que celle des juges nouvellement nommés, le comité peut examiner les deux traitements à la lumière de l'ensemble de la réforme et ainsi mieux s'acquitter de son mandat.

[61] For example, examining the two groups of judges separately may lead to contradictory results. By contrast, in a unified committee process, where the committee can review all the remuneration of the new judicial office at the same time, the committee may make recommendations about any proposed remuneration differential between judges occupying the same office. Similarly, when provincial legislatures create new courts that include functions that used to be exercised by other judges, these judges' remuneration may be taken into account in the analysis of the overall remuneration of the judges to be appointed. Indeed, since it is dealing with a new or different office, for which the remuneration has not been considered in the past, the remuneration committee has more latitude in its initial review.

[62] This being said, because sitting judges are in an existing relationship with the government, this relationship is more susceptible to the risk of manipulation. The principles in the *1997 Reference* warrant additional protection for sitting judges. Thus, while the government retains the discretion to set the remuneration of newly appointed judges, the government may not change (increase, decrease or freeze) the remuneration of sitting judges until after the committee review. When the government complies with this obligation to maintain the salaries of the sitting judges until committee review, the committee can make retroactive and forward-looking recommendations with regards to the salaries of the sitting judges.

[63] Thus, in our view, where a new judicial office has been created, judges who have held another judicial office should be treated the same as newly appointed judges when it comes to the timing of the requirement for committee review of remuneration: review within a reasonable time after their appointment is required. However, their remuneration cannot be changed until after the review has taken place.

[61] À titre d'exemple, examiner séparément les deux catégories de juges risque de donner lieu à des résultats contradictoires. Cependant, dans le cadre d'un processus intégré où il examine en même temps toutes les rémunérations rattachées à la nouvelle charge judiciaire, le comité peut faire des recommandations au sujet de tout écart proposé dans la rémunération des juges occupant la même charge. De même, lorsque les législatures provinciales créent de nouveaux tribunaux intégrant des fonctions auparavant exercées par d'autres juges, la rémunération de ces derniers peut être prise en compte dans l'analyse de la rémunération globale des prochains titulaires. En fait, puisque son examen porte sur une charge nouvelle ou différente, dont la rémunération n'a pas déjà été examinée, le comité dispose de plus de latitude dans son examen initial.

[62] Cela dit, comme les juges en exercice entretiennent déjà des rapports avec le gouvernement, le risque de manipulation est accru. Les principes établis dans le *Renvoi de 1997* justifient une protection supplémentaire dans leur cas. Ainsi, bien que le gouvernement puisse, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, fixer la rémunération des nouveaux juges, il ne peut modifier (augmenter, réduire ou geler) le traitement des juges en exercice tant que le comité n'a pas procédé à l'examen. Lorsque le gouvernement respecte l'obligation de maintenir la rémunération de ces juges jusqu'à l'examen, le comité est en mesure de faire des recommandations rétroactives et prospectives à ce sujet.

[63] C'est pourquoi nous croyons que, lorsqu'une nouvelle charge est créée, il faut traiter les juges qui ont occupé une autre charge de la même manière que les nouveaux lorsqu'il s'agit de déterminer le moment où il convient de constituer le comité : il faut tenir un examen dans un délai raisonnable suivant la nomination. Cependant, la rémunération des juges en exercice ne peut être modifiée avant la tenue de l'examen.

(4) *What Qualifies as a “New Judicial Office”?*

[64] While the financial security guarantee of judicial independence requires committee review prior to any changes to the remuneration of a judicial office, we have concluded that prior review is not required when a judicial reform results in the creation of a new judicial office. Therefore, in the context of judicial reform, it is important to determine whether a new judicial office has been created. Often, it will be obvious when a new judicial office has been created. But sometimes, the line between a new judicial office and minor changes to an existing office can be hard to draw. The criteria for what constitutes a new judicial office varied in the arguments and judgments below.

[65] The application judge was of the view that the Act created a new judicial office (paras. 4, 47 and 142). However, it is unclear which criteria the application judge applied in coming to this conclusion. The Court of Appeal also opined that the Act established a new judicial office. In doing so, it compared the functions and employment conditions of the old and new offices. In the Court of Appeal’s view, because these functions and employment conditions were sufficiently different, the Act created a new judicial office (paras. 72-78). The Attorney General of Quebec endorses the appeal court’s analysis. The appellants argue that no new office was created because in reality, judges in the “new” office exercised the same functions as the old office: the new office simply included better tenure guarantees.

[66] We agree with the appellants that mere adjustments to an existing office do not automatically create a new judicial office. Where the remuneration of an existing judicial office is revised in any way, our jurisprudence is clear: prior committee review is essential to guarantee financial security. However, where a new office is created, a legislature’s constitutional authority to reform the justice

(4) *Qu’est-ce qui caractérise une « nouvelle charge judiciaire »?*

[64] Bien que la garantie de sécurité financière qu’exige l’indépendance judiciaire demande qu’un comité procède à un examen préalable à toute modification proposée à la rémunération associée à une charge judiciaire, nous avons conclu que cet examen n’est pas nécessaire lorsqu’une réforme judiciaire aboutit à la création d’une nouvelle charge. En conséquence, dans le contexte d’une réforme judiciaire, il est important de déterminer s’il y a eu création d’une nouvelle charge judiciaire. Souvent, ce sera évident. Parfois, la distinction entre la création d’une nouvelle charge et une légère modification d’une charge existante sera plus difficile à mesurer. La nature des éléments constitutifs d’une nouvelle charge judiciaire a varié selon les arguments plaidés devant les juridictions inférieures et les jugements de celles-ci.

[65] Le juge saisi de la requête a conclu que la Loi créait une nouvelle charge judiciaire (par. 4, 47 et 142). Toutefois, on ne sait pas exactement quels critères il a appliqués pour parvenir à cette conclusion. La Cour d’appel a également conclu que la Loi créait une nouvelle charge judiciaire. Pour trancher, elle a comparé les fonctions et les conditions d’emploi de l’ancienne et de la nouvelle charge. Selon elle, puisque ces fonctions et conditions d’emploi différaient suffisamment, la Loi créait une nouvelle charge judiciaire (par. 72-78). La procureure générale du Québec appuie l’analyse de la Cour d’appel. Les appelants affirment qu’aucune nouvelle charge judiciaire n’a été créée, car, en réalité, les juges occupant la « nouvelle » charge exercent les mêmes fonctions qu’auparavant : la nouvelle charge comporte simplement de meilleures garanties d’inamovibilité.

[66] Nous convenons avec les appelants que de simples modifications à une charge existante ne créent pas automatiquement une nouvelle charge. En cas de modification, quelle qu’elle soit, à la rémunération associée à une charge judiciaire existante, notre jurisprudence est claire : l’examen préalable par un comité est essentiel au maintien de la garantie de sécurité financière. Toutefois, lorsqu’une

system and the practical realities of real reform justify retroactive review.

[67] Financial security can be implicated both by changes to the mandate of a judicial office, as well as by changes to the conditions that have direct financial implications for the office-holders, because any such changes can be seen as potential pressure or manipulation. Thus, we agree with the Court of Appeal that the judicial function and the conditions of employment are relevant considerations in determining whether a judicial office has merely been changed, or whether a new judicial office has been created.

[68] At what point do such reforms create a new office, such that they justify deferral of arm's-length review?

[69] In our view, changes to judicial functions, and changes to other conditions that impact judicial independence — including conditions related to such things as tenure, financial security, selection, and administrative independence — are all relevant to assessing whether a new judicial office is created. A new judicial office is created if these changes, viewed as a whole, and in context, create a new office.

[70] The analysis is holistic: the court must look at the change to judicial functions alongside the other changes to the conditions that impact judicial independence, in light of the context of the reform. The focus is on whether the overall effect of the reform is to create a new judicial office.

(5) *Were These Requirements Satisfied in the Case at Bar?*

[71] In the present case, modifications to the Quebec judicial order were necessary and urgent following the judgment of the Quebec Court of Appeal, which concluded that the regime then in place in the

nouvelle charge est créée, le pouvoir constitutionnel de la législature de réformer le système de justice et les réalités pratiques d'une véritable réforme justifient la tenue d'un examen rétroactif.

[67] Tant les modifications apportées au mandat d'une charge judiciaire que celles apportées aux conditions ayant des répercussions financières directes sur les titulaires de la charge peuvent affecter le principe de la sécurité financière, car elles sont susceptibles d'être perçues comme des pressions ou une manipulation. C'est pourquoi nous sommes d'accord avec la Cour d'appel pour affirmer que l'examen des fonctions de la charge judiciaire et des conditions d'emploi est pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer si une charge a simplement été modifiée ou si une nouvelle charge a été créée.

[68] Dans quelles circonstances de telles modifications créent-elles une nouvelle charge, de sorte qu'il soit justifié de reporter l'examen indépendant?

[69] À notre avis, les modifications apportées aux fonctions judiciaires et aux autres conditions qui touchent à l'indépendance judiciaire — y compris celles liées à l'inamovibilité, à la sécurité financière, à la sélection et à l'indépendance administrative — sont pertinentes lorsqu'il s'agit de décider si une nouvelle charge a été créée. Une nouvelle charge judiciaire est créée si ces modifications, considérées dans leur ensemble et dans leur contexte, créent une nouvelle charge.

[70] L'analyse est globale : le tribunal doit examiner les modifications apportées aux fonctions de la charge judiciaire ainsi qu'aux conditions qui ont une incidence sur l'indépendance judiciaire, en tenant compte du contexte de la réforme. La question est donc de déterminer si la réforme a pour conséquence la création d'une nouvelle charge judiciaire.

(5) *Ces conditions ont-elles été respectées en l'espèce?*

[71] En l'espèce, il était nécessaire et urgent de modifier l'ordre judiciaire du Québec en raison du jugement de la Cour d'appel du Québec, qui avait conclu que le régime alors en place dans la province

province did not adequately ensure the tenure guarantee of judicial independence. The 2004 reforms served the public good and advanced the underlying interests of judicial independence.

[72] However, these reforms must also comply with the requirements for the financial security guarantee of judicial independence. In our view, the reform failed to comply with these requirements. For the reasons that follow, we find that the reform breached the financial security guarantee of judicial independence because the remuneration for 2004 to 2007 was not reviewed within a reasonable time after the new appointments. Indeed, the remuneration for that period has never been reviewed.

(a) Did the Reform Create a New Judicial Office?

[73] We agree with the Court of Appeal that the Act created a new judicial office. Viewed as a whole, the changes from the reform did indeed create a new judicial office.

[74] The context for the reform is relevant: the government implemented a reform to the system of justices of the peace following the Quebec Court of Appeal's decision in *Pomerleau* that the existing system violated judicial independence. The reform provided tenure for the judicial offices.

[75] Looking at the judicial functions, the PJPs have a narrower jurisdiction than the old office of JPEP: the PJPs do not have jurisdiction to preside over bail hearings and do not hear summary prosecutions under Part XXVII of the *Criminal Code*, as the old JPEPs did. Although in practice the JPEPs never exercised these functions, it remains that, in law, the new office of PJP had a different jurisdiction than that of JPEP (trial decision, at paras. 23 and 83; appeal decision, at paras. 10 and 74).

n'assurait pas adéquatement la garantie d'inamovibilité qu'exige l'indépendance judiciaire. La réforme de 2004 a servi l'intérêt public et a favorisé les intérêts sous-jacents de l'indépendance judiciaire.

[72] Or, cette réforme doit également respecter les critères liés à la garantie de sécurité financière qu'exige l'indépendance judiciaire. À notre avis, elle ne les a pas respectés. Pour les motifs qui suivent, nous concluons que la réforme a porté atteinte à la garantie de sécurité financière qu'exige l'indépendance judiciaire parce que la rémunération en vigueur de 2004 à 2007 n'a pas été examinée dans un délai raisonnable après les nouvelles nominations. En fait, elle n'a jamais été examinée.

a) La réforme a-t-elle créé une nouvelle charge judiciaire?

[73] Nous convenons avec la Cour d'appel que la Loi a créé une nouvelle charge judiciaire. Considérées globalement, les modifications découlant de la réforme ont effectivement créé une nouvelle charge judiciaire.

[74] Le contexte de la réforme est pertinent : le gouvernement a réformé le régime des juges de paix après la décision rendue par la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Pomerleau* selon laquelle le régime en place ne respectait pas le principe de l'indépendance judiciaire. La réforme a instauré l'inamovibilité des charges.

[75] Si on examine les fonctions judiciaires, on constate que la juridiction des JPM est plus restreinte que celle des anciens JPPE : les JPM n'ont pas compétence pour présider les enquêtes sur mise en liberté sous caution et ne peuvent présider les audiences sur les poursuites sommaires intentées en vertu de la partie XXVII du *Code criminel*, contrairement aux anciens JPPE. Bien qu'en pratique, ces derniers n'aient jamais exercé ces fonctions, il n'en demeure pas moins qu'en droit, la juridiction des nouveaux JPM diffère de celle des JPPE (décision de première instance, par. 23 et 83; décision d'appel, par. 10 et 74).

[76] Looking at the conditions that impact judicial independence, there are many differences in these conditions. The PJPs benefit from greater judicial independence guarantees than did the JPEPs. For instance, though both PJPs and JPEPs could only be removed from office by virtue of a report from the Court of Appeal after a request from the Minister of Justice, the JPEPs were appointed for renewable five-year terms, whereas the PJPs now enjoy tenure until the age of 70. Additionally, the remuneration and other benefits associated with the office of PJP are now subject to periodic committee review. Furthermore, the selection criteria of the PJPs are now set out in the *CJA*. Finally, the PJPs are now integrated into the Court of Québec and are thus subject to the authority of the Chief Judge of the Court of Québec, something which was not provided for by the *CJA* with regards to the JPEPs before 2004. As such, clearly there are significant changes to the conditions that impact judicial independence.

[77] It is also worth noting that the Act completely substitutes Part III.1 of the *CJA* (Act, s. 1), which deals with justices of the peace, that s. 26 of the Act provides that former JPEPs “become” PJPs, and that s. 35 of the Act requires that PJPs take a new oath, a logical consequence of holding a new office. Additionally, during the parliamentary debates leading up to the adoption of the Act, there are several references in passing to the creation of a new judicial office (Quebec, National Assembly, *Journal des débats*, vol. 38, No. 75, 1st Sess., 37th Leg., May 20, 2004, at p. 4543; *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, vol. 38, No. 54, 1st Sess., 37th Leg., May 28, 2004, at p. 18).

[78] Looking at the effects of the reform overall, we conclude that the reform created a new judicial office.

- (b) Did a Committee Review the Remuneration Within a Reasonable Time After the Appointment of the Judges?

[79] Since the Act created a new judicial office, the initial remuneration of all the judges appointed

[76] Si on examine les conditions touchant l’indépendance judiciaire, on constate qu’elles ont beaucoup changé. Les JPM bénéficient de garanties d’indépendance judiciaire plus étendues que les JPPE. À titre d’exemple, les JPPE ne pouvaient être destitués que sur rapport de la Cour d’appel après une demande du ministre de la Justice, comme les JPM, mais les JPPE étaient nommés pour un mandat renouvelable de cinq ans, alors que les JPM peuvent maintenant siéger jusqu’à l’âge de 70 ans. De plus, le traitement et les autres avantages liés à la charge de JPM sont maintenant soumis périodiquement à l’examen d’un comité. Qui plus est, les critères de sélection des JPM sont désormais énoncés dans la *LTJ*. Enfin, les JPM relèvent de la Cour du Québec et sont donc soumis à l’autorité du juge en chef de ce tribunal, ce que la *LTJ* ne prévoyait pas à l’égard des JPPE avant 2004. Ainsi, les conditions touchant l’indépendance judiciaire ont beaucoup changé.

[77] Il convient également de souligner que la Loi remplace intégralement la partie III.1 de la *LTJ* (Loi, article premier), qui porte sur les juges de paix, que l’art. 26 de la Loi prévoit que les anciens JPPE « deviennent » des JPM et que l’art. 35 de la Loi exige que les JPM prêtent de nouveau serment, ce qui est logique puisqu’ils assument une nouvelle charge. De plus, durant les débats parlementaires ayant mené à l’adoption de la Loi, on a fait plusieurs fois référence à la création d’une nouvelle charge judiciaire (Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 38, n° 75, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 20 mai 2004, p. 4543; *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, vol. 38, n° 54, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 28 mai 2004, p. 18).

[78] Si on examine les effets de la réforme dans son ensemble, nous concluons qu’elle a créé une nouvelle charge judiciaire.

- (b) La rémunération a-t-elle été examinée par un comité de la rémunération des juges dans un délai raisonnable après la nomination des juges?

[79] Comme la Loi a créé une nouvelle charge judiciaire, le traitement initial de tous les juges

to this office (whether they were appointed for the first time or transferred from the now-abolished office of JPEP) needed to be reviewed retroactively, within a reasonable time after their appointment.

[80] As s. 32 of the Act provides that “[d]espite sections 2 to 8, the committee on the remuneration of judges will not exercise its functions with regard to presiding justices of the peace until a committee is formed in 2007 with respect to judges of the Court of Québec and municipal courts”, it effectively prohibits any review of the initial PJP remuneration prior to 2007. Indeed, although the office of PJP was established in 2004, the remuneration of the judges occupying this new office could only be reviewed starting in 2007. This contravenes the constitutional requirement that the initial remuneration of judges occupying a new office must be reviewed by a remuneration committee within a reasonable time after their appointment. There are no compelling reasons why a review could not proceed well before 2007. None were offered. The time period should be measured in months, not years. Obviously, three years is not a reasonable time. As such, s. 32 of the Act infringes the financial security guarantee of judicial independence.

[81] Additionally, as ss. 27 and 30 of the Act respectively provide for a freeze in the remuneration of the six former JPEPs and the establishment of the remuneration of the newly appointed PJPs by executive order, without referencing the need to retroactively submit the remuneration to a remuneration committee, we are of the view that ss. 27 and 30 also infringe judicial independence. Indeed, when a legislature creates a new judicial office, it is constitutionally required to provide for salary committee review in the legislation establishing the new judicial office. Finally, s. 27 of the Act infringes judicial independence because it freezes the remuneration of sitting judges before a committee has reviewed this remuneration, contrary to the requirements of the financial security guarantee.

nommés à cette charge (pour la première fois ou après l’abolition de la charge de JPPE) devait être examiné rétroactivement, dans un délai raisonnable après leur nomination.

[80] L’article 32 de la Loi prévoit que « [m]algré les articles 2 à 8 de la présente loi, le Comité de la rémunération des juges n’exerce ses attributions eu égard aux juges de paix magistrats qu’à compter du moment où il sera procédé à la nomination des membres du comité qui sera formé en 2007 à l’égard des juges de la Cour du Québec et des cours municipales ». Il interdit ainsi tout examen de la rémunération initiale des JPM avant 2007. En effet, bien que la charge de JPM ait été créée en 2004, la rémunération des juges qui occupent cette nouvelle charge ne pouvait être examinée qu’à compter de 2007. Il s’agit là d’un manquement à l’exigence constitutionnelle selon laquelle la rémunération initiale des juges occupant une nouvelle charge est examinée par un comité dans un délai raisonnable après leur nomination. Aucune raison valable n’explique pourquoi l’examen ne pouvait être tenu bien avant 2007, et aucune n’a été avancée. Le délai aurait dû se calculer en mois, non en années. Évidemment, un délai de trois ans ne constitue pas un délai raisonnable. En conséquence, l’art. 32 de la Loi porte atteinte à la garantie de sécurité financière qu’exige l’indépendance judiciaire.

[81] En outre, puisque les art. 27 et 30 de la Loi prévoient respectivement un gel de la rémunération des six anciens JPPE et l’établissement, par décret, de la rémunération des JPM nouvellement nommés, mais n’exigent pas l’examen rétroactif de la rémunération par un comité, nous sommes d’avis que ces dispositions portent également atteinte à l’indépendance judiciaire. En effet, la législature qui crée une nouvelle charge judiciaire est tenue par la Constitution de prévoir, dans la loi constituant la charge, l’examen de la rémunération par un comité établi à cette fin. Enfin, l’art. 27 de la Loi porte atteinte à l’indépendance judiciaire en ce sens qu’il a pour effet de geler la rémunération de juges en exercice avant qu’un comité n’examine la question, ce qui est contraire aux exigences de la garantie de sécurité financière.

[82] The appellants also submitted that the government was not permitted to appoint new PJPs at a lower remuneration than the old JPEPs' remuneration. We disagree. Where a reform results in the creation of a new judicial office, and sitting judges are transferred to that new office, the government may be entirely justified in holding their remuneration at existing levels and appointing new judges into the same category at a lower remuneration. But the government does not have *carte blanche* in this matter. Both the remuneration of newly appointed judges and any proposed changes to the remuneration of the transferred judges must be subject to review by a committee. In the case at bar, three remuneration committees found that the salary gap between the transferred judges and the newly appointed judges was appropriate. Based on the findings of the remuneration committees, we are satisfied that this salary gap, by itself, did not infringe the financial security guarantee of judicial independence.

(c) Was There a Violation of the Financial Security Guarantee After 2007?

[83] The appellants also challenge the validity of executive Order 932-2008, adopting the 2008 Johnson Committee recommendations and setting remuneration for 2007 to 2010. In our view, this Order is valid. Remuneration committees reviewed PJP remuneration periodically starting in 2007. As such, there was no violation of judicial independence after 2007 and no defect in the 2008 Order.

[84] It is true that the post-2007 remuneration derived from an initial level of remuneration which was never reviewed, contrary to constitutional requirements. That being said, the criteria the committees were required to apply make it clear that a change in the baseline remuneration would have had a limited impact on future remuneration reviews. Indeed, under s. 246.42 of the *CJA*, “the level and prevailing trend of the remuneration received by the judges concerned, as compared to that received by other persons receiving remuneration out of public

[82] Les appelants soutiennent également que le gouvernement n'avait pas le droit de nommer de nouveaux JPM et de leur accorder une rémunération moindre que celle des anciens JPPE. Nous ne sommes pas d'accord. Lorsqu'une réforme entraîne la création d'une nouvelle charge judiciaire, il peut se révéler tout à fait justifié pour le gouvernement de maintenir la rémunération des juges en poste transférés à la nouvelle charge et de fixer une rémunération moindre pour les nouveaux juges qu'il nomme dans la même catégorie. Cependant, le gouvernement n'a pas carte blanche. La rémunération des juges nouvellement nommés et les modifications proposées à la rémunération des juges transférés doivent être soumises à l'examen d'un comité. Dans le cas qui nous occupe, trois comités ont conclu que l'écart salarial entre les juges transférés et les juges nouvellement nommés était justifié. À la lumière de ces conclusions, nous sommes d'avis qu'en soi, cet écart salarial n'a pas porté atteinte à la garantie de sécurité financière qu'exige l'indépendance judiciaire.

c) Y a-t-il eu atteinte à la garantie de sécurité financière après 2007?

[83] Les appelants contestent également la validité du Décret 932-2008 en vertu duquel les recommandations du Comité Johnson de 2008 ont été adoptées, et la rémunération de 2007 à 2010, fixée. À notre avis, ce décret est valide. À compter de 2007, la rémunération des JPM a été soumise périodiquement à l'examen d'un comité. Il n'y a donc pas eu d'atteinte à l'indépendance judiciaire après 2007, et le décret de 2008 n'est entaché d'aucun vice.

[84] Certes, après 2007, la rémunération était calculée en fonction du traitement initial, qui n'avait jamais été examiné, ce qui est contraire aux exigences constitutionnelles. Cela dit, il ressort clairement des critères que les comités étaient tenus d'appliquer qu'une modification à la rémunération initiale aurait eu un effet limité sur les examens à venir. D'ailleurs, suivant l'art. 246.42 de la *LTJ*, « l'état et l'évolution comparés de la rémunération des juges concernés d'une part, et de celle des autres personnes rémunérées sur les fonds publics,

funds” constitutes only 1 of 10 factors which the committee must consider when determining judges’ remuneration. For instance, the committees were also required to consider remuneration for similar offices in other provinces.

[85] Additionally, we emphasize that judicial independence exists for the benefit of the public, and does not serve as a means of labour arbitration to ensure better remuneration for judges. As this Court stated in *Ell*, at para. 29, judicial independence is “for the benefit of the judged, not the judges”, as “[j]udicial independence serves not as an end in itself, but as a means to safeguard our constitutional order and to maintain public confidence in the administration of justice” (see also *Bodner*, at paras. 4 and 6). Consequently, “[t]he benefit that the members of those courts derive is purely secondary” (*1997 Reference*, at para. 9). As such, even if the actual remuneration of PJPs after 2007 may have been in some way affected by the lack of remuneration committee review from 2004 to 2007, this problem is not one with judicial independence itself, since the constitutional requirements necessary to the protection of judicial independence were met from 2007 onwards. Indeed, since the government complied with its constitutional obligation to periodically submit PJP remuneration to a committee from 2007 onwards, as required by the *1997 Reference*, public confidence in judicial independence was in no way undermined for that period. Any impact that the lack of committee review from 2004 to 2007 may have had on PJP remuneration after 2007 cannot be said to have raised constitutional concerns.

## VII. Pensions

[86] The appellants challenge the participation of PJPs in the public service management personnel pension plan. They argue that because the pension plan is not designed for the career of a judge, and is less remunerative than the pension plan for the judges of the Court of Québec, the pension plan does not meet the basic minimum threshold required for the office of a judge. As such, the participation

d’autre part » n’est que l’un des dix facteurs que le comité doit prendre en considération lorsqu’il établit la rémunération des juges. À titre d’exemple, le comité doit également tenir compte de la rémunération des juges exerçant des fonctions similaires dans d’autres provinces.

[85] De plus, nous rappelons que l’indépendance judiciaire existe au profit du public et ne saurait constituer un moyen d’arbitrage pour les juges en vue d’obtenir une hausse de leur traitement. Comme l’a affirmé la Cour dans l’arrêt *Ell*, par. 29, l’indépendance judiciaire existe « au profit de la personne jugée et non des juges », puisque « [l]’indépendance judiciaire est non pas une fin en soi, mais un moyen de préserver notre ordre constitutionnel et de maintenir la confiance du public dans l’administration de la justice » (voir également *Bodner*, par. 4 et 6). En conséquence, « [l]’avantage qui en découle pour les juges n’est qu’un aspect purement accessoire » (*Renvoi de 1997*, par. 9). Ainsi, même s’il est possible que la rémunération des JPM après 2007 ait souffert en quelque sorte de l’absence d’examen entre 2004 et 2007, il ne s’agit pas d’un problème d’indépendance judiciaire comme tel, puisque les exigences constitutionnelles relatives à la protection de l’indépendance judiciaire ont été respectées dès 2007. En effet, le gouvernement s’est conformé dès lors à son obligation constitutionnelle de soumettre périodiquement à l’examen d’un comité la rémunération des JPM, comme l’exigeait le *Renvoi de 1997*. La confiance du public à l’égard de l’indépendance judiciaire n’a donc en aucun cas été minée pendant cette période. On ne peut pas dire que l’absence d’examen, entre 2004 et 2007, ait eu sur la rémunération des JPM après 2007 des effets d’ordre constitutionnel.

## VII. Régimes de retraite

[86] Les appelants contestent la participation des JPM au régime de retraite du personnel d’encadrement de la fonction publique. Ils affirment que, comme le régime de retraite n’est pas conçu en fonction de la carrière judiciaire, et qu’il est moins avantageux que le régime de retraite des juges de la Cour du Québec, il ne satisfait pas au seuil minimal requis par la charge de juge. Ainsi, la participation

of PJPs in this pension plan infringes judicial independence. To them, changes to pensions should be analyzed separately from changes to remuneration as a whole.

[87] The courts below rejected this argument. The application judge declined to comment on the merits of the pension plan, but relied on the Johnson and D'Amours committees' endorsements of the plan. For its part, the Court of Appeal also relied on the committees' recommendations, since these conclusions were not unreasonable. They found that a reasonable and well-informed person would find that the constitutionally required minimum threshold was met. We agree with the courts below.

[88] The issue before us concerns the adequacy of the pensions and not the impact of the change from a previous pension plan to a new one. In regards to the adequacy argument, it bears repeating that one of the main roles of a remuneration committee is precisely to determine whether the overall remuneration of judges — which includes pensions — is adequate.

[89] As discussed above, the third element of the institutional dimension of financial security is that remuneration may not fall below a basic minimum level required for the office of a judge (*1997 Reference*, at para. 135; *Bodner*, at para. 8; *Mackin*, at para. 59). This is so because public confidence in judicial independence would be undermined “if judges were paid at such a low rate that they could be perceived as susceptible to political pressure through economic manipulation” (*1997 Reference*, at para. 135; see also paras. 192-96). In articulating this element in the *1997 Reference*, Lamer C.J. stressed that this element is not for the benefit of the judiciary, but for the public (para. 193):

I want to make it very clear that the guarantee of a minimum salary is not meant for the benefit of the judiciary. Rather, financial security is a means to the end of judicial

des JPM à ce régime de retraite porte atteinte à l'indépendance judiciaire. Selon eux, les modifications apportées au régime de retraite doivent être analysées séparément de celles touchant la rémunération dans son ensemble.

[87] Les juridictions inférieures ont rejeté cet argument. Le juge saisi de la requête a refusé de se prononcer sur le bien-fondé du régime de retraite et s'en est remis aux Comités Johnson et D'Amours, qui l'avaient approuvé. Pour sa part, la Cour d'appel a également accepté les recommandations des comités, puisque leurs conclusions n'étaient pas déraisonnables. Elles ont jugé qu'une personne raisonnable et bien informée estimerait que le seuil minimal requis par la Constitution avait été respecté. Nous sommes d'accord avec les juridictions inférieures.

[88] La question dont nous sommes saisis est de savoir si le régime de retraite est adéquat, et ne vise pas les effets du passage de l'ancien régime au nouveau. À ce sujet, nous rappelons que l'une des principales fonctions d'un comité est précisément de décider si la rémunération globale des juges — y compris le régime de retraite — est adéquate.

[89] Comme nous l'avons souligné, le troisième élément de la dimension institutionnelle de la sécurité financière exige que la rémunération ne puisse être inférieure au seuil minimal que requiert la charge de juge (*Renvoi de 1997*, par. 135; *Bodner*, par. 8; *Mackin*, par. 59). La confiance du public dans l'indépendance judiciaire serait sapée « si les traitements versés aux juges étaient si bas que ces derniers risqueraient d'être perçus comme étant vulnérables aux pressions politiques exercées par le biais de la manipulation financière » (*Renvoi de 1997*, par. 135; voir également les par. 192-196). Dans le *Renvoi de 1997*, le juge en chef Lamer souligne, au moment de le formuler, que cet élément n'existe pas au profit des juges, mais bien au profit du public (par. 193) :

Je veux qu'il soit bien clair que le fait de garantir un traitement minimal ne vise pas à avantager les juges. La sécurité financière est plutôt un moyen d'assurer l'indépendance de

independence, and is therefore for the benefit of the public. As Professor Friedland has put it, speaking as a concerned citizen, it is “for our sake, not for theirs” (*A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada* (1995), at] p. 56).

[90] Pensions are part of judicial remuneration (*Valente*, at p. 704; *Beauregard*, at p. 75). Pensions must be examined with a view to their place in the overall compensation package for judges. For example, a less generous pension may be offset by more substantial salary and other benefits; viewed together, the overall remuneration might well meet the minimum constitutional threshold. This does not mean, however, that specific problems relating to pensions will never arise. For example, the total absence of a pension plan might raise concerns that overall remuneration cannot cure. And, of course, any proposed changes to the pension — as any other changes to remuneration — must be subject to prior review by a remuneration committee.

[91] Judicial independence does not require that a pension plan be exclusive or controlled by judges (*Valente*, at p. 708); nor does it require that all judges enjoy the same level of remuneration. Conversely, there is no reason in principle why a public service pension cannot apply to judges. There is also no reason in principle not to have a distinct and separate part of a pension plan specifically tailored for judges, although the absence of such a tailored plan does not automatically infringe judicial independence. Membership in a public sector pension plan does not preclude adapting that plan to the specific characteristics of judicial office. For example, justices of the peace in Ontario are members of a Public Sector Pension Plan, but are also members of a Supplemental Plan, which provides additional benefits.

[92] The appellants argue that their pension plan does not meet the basic constitutional minimum threshold. The management personnel pension plan is designed for career public servants with around 35 years of service at retirement. But a career as a

la magistrature et, de ce fait, elle est à l’avantage du public. Comme l’a dit le professeur Friedland, en tant que citoyen concerné, une telle mesure est « dans notre propre intérêt » (*Une place à part : l’indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada* (1995),] p. 64).

[90] Le régime de retraite fait partie de la rémunération des juges (*Valente*, p. 704; *Beauregard*, p. 75). Son examen doit tenir compte de la place qu’il occupe dans l’ensemble de la rémunération des juges. À titre d’exemple, un régime de retraite moins généreux pourrait être compensé par un traitement plus élevé et d’autres avantages; il en résulterait possiblement une rémunération globale qui respecte le seuil minimal constitutionnel. Or, cela ne signifie pas qu’il n’y aura jamais de problème lié au régime de retraite. À titre d’exemple, l’absence de régime de retraite soulèvera probablement des préoccupations que la rémunération globale ne permettra pas de dissiper. Bien entendu, toute modification proposée au régime — comme toute modification à la rémunération — doit être soumise à l’examen préalable d’un comité.

[91] L’indépendance judiciaire n’exige pas qu’un régime de retraite soit exclusif aux juges ou contrôlé par eux (*Valente*, p. 708); elle n’exige pas non plus la même rémunération pour tous les juges. À l’inverse, aucune raison de principe n’empêche les juges de participer à un régime de retraite public. Aucune raison de principe n’empêche non plus qu’une partie distincte d’un régime de retraite soit adaptée aux juges, quoique l’absence d’un régime sur mesure ne porte pas automatiquement atteinte à l’indépendance judiciaire. Ce n’est pas parce que les juges participent à un régime de retraite du secteur public que ce régime ne peut être adapté aux particularités propres à la fonction. À titre d’exemple, les juges de paix de l’Ontario sont membres d’un régime de retraite du secteur public, mais sont également membres d’un régime complémentaire, qui leur confère des prestations supplémentaires.

[92] Les appelants soutiennent que leur régime de retraite ne respecte pas le seuil minimal constitutionnel. Le régime de retraite du personnel d’encadrement est conçu pour les fonctionnaires de carrière, qui ont cumulé environ 35 ans de service au moment

PJP is typically shorter. Under the current pension plan, a PJP appointed at the age of 43 and retiring at age 65 would only receive 44 percent of their average salary from their three best years before retirement, whereas a judge of the Court of Québec would receive about 65 percent of their average salary from the same period. This pension plan is far less remunerative than that of the judges of the Court of Québec, which is more properly tailored to the shorter career of a judge. The appellants argue that because the pension plan is not designed for the shorter career of a judge, the pension plan does not meet the basic minimum threshold required for the office of a judge.

[93] It is common ground that the Pension Plan of Management Personnel available to PJPs is less advantageous and more costly than the pension plan enjoyed by the judges of the Court of Québec. In fact, in its representations before the D'Amours and Clair committees, the Conférence des juges de paix magistrats asked to participate in the Court of Québec judges' pension plan.

[94] However, the Johnson, D'Amours and Clair committees evaluated the pension plan, and found that it was adequate. While the PJPs may not enjoy a pension plan as beneficial as that of the judges of the Court of Québec, this is not the constitutional question at hand. The question is whether this pension plan, as part of overall remuneration, meets a minimum threshold such that these judges are not "perceived as susceptible to political pressure through economic manipulation" (*1997 Reference*, at para. 135).

[95] In our view, in light of overall remuneration and the findings of the three committees, the remuneration, including the pension, meets the minimum constitutional threshold. Therefore, s. 178 of the *CJA*, which mandates the participation of PJPs in the Pension Plan of Management Personnel, is valid.

### VIII. Conclusion

[96] We conclude that ss. 27, 30 and 32 of the Act infringe the institutional financial security guarantee

de leur retraite. Or, la carrière d'un JPM est généralement de plus courte durée. Selon le régime de retraite actuel, un JPM qui serait nommé à 43 ans et prendrait sa retraite à 65 ans recevrait seulement 44 p. 100 de son salaire moyen des trois meilleures années de rémunération précédant sa retraite, alors qu'un juge de la Cour du Québec en recevrait environ 65 p. 100. Ce régime de retraite est beaucoup moins généreux que celui des juges de la Cour du Québec, qui est davantage adapté à la carrière plus courte d'un juge. Les appelants affirment donc que leur régime de retraite ne respecte pas le seuil minimal requis par la charge de juge.

[93] Personne ne conteste que le régime de retraite du personnel d'encadrement auquel participent les JPM est moins avantageux et plus onéreux que celui des juges de la Cour du Québec. En fait, dans ses observations devant les Comités D'Amours et Clair, la Conférence des juges de paix magistrats a demandé à participer au régime de retraite des juges de la Cour du Québec.

[94] Cependant, les Comités Johnson, D'Amours et Clair ont évalué le régime de retraite et ont conclu qu'il était adéquat. Bien que les JPM ne bénéficient pas d'un régime de retraite aussi avantageux que celui des juges de la Cour du Québec, il ne s'agit pas là de la question constitutionnelle qui nous occupe. La question consiste plutôt à savoir si ce régime de retraite, qui fait partie de la rémunération globale, respecte le seuil minimal requis pour que ces juges ne soient pas « perçus comme étant vulnérables aux pressions politiques exercées par le biais de la manipulation financière » (*Renvoi de 1997*, par. 135).

[95] À notre avis, compte tenu de la rémunération globale des JPM ainsi que des conclusions des trois comités, la rémunération, y compris le régime de retraite, satisfait au seuil minimal constitutionnel. En conséquence, l'art. 178 de la *LTJ*, qui impose aux JPM de participer au régime de retraite du personnel d'encadrement, est valide.

### VIII. Conclusion

[96] Nous concluons que les art. 27, 30 et 32 de la Loi portent atteinte à la garantie de sécurité

of judicial independence, and are thus contrary to s. 11(d) of the *Charter* and the preamble to the *Constitution Act, 1867*.

[97] This infringement is not justified under s. 1 of the *Charter*. Indeed, an infringement of judicial independence can only be justified where there are “dire and exceptional financial emergencies caused by extraordinary circumstances such as the outbreak of war or imminent bankruptcy” (*Mackin*, at para. 72, citing the *1997 Reference*, at para. 137). To justify an infringement, the government must adduce evidence to justify why the independent, effective and objective process has been circumvented (*Mackin*, at para. 73, citing the *1997 Reference*, at paras. 277 et seq.). We are far from that threshold here. The Attorney General of Quebec makes no submissions on this issue and adduces no evidence that would justify an infringement. There is no evidence of a dire financial emergency; in fact, the Attorney General of Quebec does not raise financial considerations as the basis or justification for any of the government’s action. Therefore, there is nothing that would meet the high threshold of justification under s. 1.

[98] Having found that ss. 27, 30 and 32 of the Act infringe judicial independence, and that this infringement is not saved by s. 1, we conclude that these sections are unconstitutional.

[99] However, neither Order 932-2008, nor s. 178 of the *CJA* infringes judicial independence.

#### IX. Remedy

[100] Having determined that the failure to provide for retroactive review of the new judicial office within a reasonable time after the appointments was a breach of the financial security guarantee of judicial independence between 2004 and 2007, there remains the question of the appropriate remedy.

financière institutionnelle qu’exige l’indépendance judiciaire et qu’ils sont donc contraires à l’al. 11d) de la *Charte* ainsi qu’au préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[97] Cette atteinte n’est pas justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*. En effet, un manquement au principe de l’indépendance judiciaire ne peut être justifié qu’en cas de « crise financière exceptionnellement grave provoquée par des circonstances extraordinaires, telles que le déclenchement d’une guerre ou une faillite imminente » (*Mackin*, par. 72, citant le *Renvoi de 1997*, par. 137). Pour justifier une atteinte, le gouvernement doit présenter des éléments de preuve expliquant pourquoi le processus indépendant, efficace et objectif a été contourné (*Mackin*, par. 73, citant le *Renvoi de 1997*, par. 277 et suiv.). En l’espèce, ce critère est loin d’avoir été respecté. La procureure générale du Québec n’a présenté aucune observation sur cette question et n’a produit aucune preuve qui justifierait une telle atteinte. Rien ne démontre qu’il existe une crise financière grave; en fait, la procureure générale du Québec n’a soulevé aucun facteur financier susceptible de fonder ou de justifier les mesures du gouvernement. En conséquence, le critère élevé de justification exigé par l’article premier n’est pas satisfait en l’espèce.

[98] Comme nous avons conclu que les art. 27, 30 et 32 de la *Loi* portent atteinte à l’indépendance judiciaire et qu’elle ne peut se justifier au regard de l’article premier, nous concluons à l’inconstitutionnalité de ces dispositions.

[99] Toutefois, ni le Décret 932-2008 ni l’art. 178 de la *LTJ* ne portent atteinte à l’indépendance judiciaire.

#### IX. Réparation

[100] Comme nous avons conclu que le défaut de prévoir un examen rétroactif de la nouvelle charge judiciaire dans un délai raisonnable après les nominations portait atteinte à la garantie de sécurité financière qu’exige l’indépendance judiciaire pour la période de 2004 à 2007, nous devons maintenant nous pencher sur la question de la réparation appropriée.

[101] The appellants ask this Court to declare the impugned sections invalid. Further, they argue that if these sections are invalid, then all the executive orders setting remuneration since 2004 are also invalid. They ask this Court to order committee review of all remuneration since 2004. By contrast, the Attorney General of Quebec asks that any remedy be limited to a declaration of invalidity and a declaration that in the future, a committee must review the initial remuneration of a new office.

[102] While we agree there was a breach in the financial security guarantee, the extensive remedy requested by the appellants goes too far.

[103] First, we declare ss. 27, 30 and 32 of the Act invalid. However, the other impugned provisions (s. 178 of the *CJA*, and Order 932-2008) remain valid.

[104] Additionally, because the breach to judicial independence arises from the lack of committee review for the period between 2004 and 2007, we order that a remuneration committee review remuneration of all PJPs for this period only. The committee must consider all factors bearing on remuneration, including the remuneration of the previous judicial office. This committee review signals that a breach of judicial independence cannot remain unaddressed, and serves to promote future government compliance with the requirements of judicial independence.

[105] However, as discussed above, any impact on remuneration after 2007 is not due to a violation of judicial independence after 2007; as a result, judicial independence does not require that the subsequent Order 932-2008 be struck.

[106] That being said, although one of the guarantees of judicial independence was compromised between 2004 and 2007, the judicial decisions rendered by the PJPs throughout that period are

[101] Les appelants demandent à la Cour de déclarer invalides les dispositions contestées. De plus, ils soutiennent que l'invalidité de ces dispositions emporte celle de tous les décrets établissant la rémunération adoptés depuis 2004. Ils demandent à la Cour d'ordonner l'examen par un comité de l'ensemble des rémunérations fixées depuis 2004. En revanche, la procureure générale du Québec demande que la réparation soit limitée à une déclaration d'invalidité ainsi qu'à une déclaration selon laquelle, à l'avenir, un comité devra examiner la rémunération initiale associée à une nouvelle charge.

[102] Même si nous convenons qu'il y a eu atteinte à la garantie de sécurité financière, nous sommes d'avis que la réparation demandée par les appelants est exagérée.

[103] Premièrement, même si nous déclarons les art. 27, 30 et 32 de la Loi invalides, les autres dispositions contestées (l'art. 178 de la *LTJ* et le Décret 932-2008) demeurent valides.

[104] De plus, comme l'atteinte à l'indépendance judiciaire découle de l'absence d'examen par un comité entre 2004 et 2007, nous ordonnons que la rémunération de tous les JPM soit examinée par un comité, mais seulement pour cette période. Le comité doit tenir compte de tous les facteurs ayant une incidence sur la rémunération, y compris la rémunération associée à la charge judiciaire antérieure. Non seulement pareil examen établit qu'il faudra toujours remédier à une atteinte à l'indépendance judiciaire, mais il contribue également à obliger le gouvernement à respecter pour l'avenir les exigences de l'indépendance judiciaire.

[105] Cependant, comme nous l'avons souligné, les répercussions sur la rémunération après 2007 ne découlent pas d'une atteinte à l'indépendance judiciaire survenue après cette année; en conséquence, l'annulation du Décret 932-2008 n'est pas nécessaire.

[106] Cela dit, même si l'une des garanties qu'exige l'indépendance judiciaire a été compromise entre 2004 et 2007, les décisions judiciaires rendues par les JPM durant cette période sont valides :

valid: “. . . absent a demonstration of positive and substantial injustice in the circumstances of a particular case, the doctrine of necessity will prevent the reopening of past decisions of [courts] by reason only of their lack of independence” (*Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3, at para. 8).

[107] We would allow the appeal in part, and order costs in favour of the appellants.

## APPENDIX

### I. Legislative Provisions

*Act to amend the Courts of Justice Act and other legislative provisions as regards the status of justices of the peace*, S.Q. 2004, c. 12

**26.** Justices of the peace appointed before 30 June 2004 in accordance with section 158 of the Courts of Justice Act (R.S.Q., chapter T-16), to whom section 162 of that Act was made applicable by their deed of appointment and who are in office on that date become presiding justices of the peace. They are deemed to have been appointed to hold office during good behaviour in accordance with Division II of Part III.1 of the Courts of Justice Act, as amended by this Act, and, for the purposes of section 161 of that Act, to have established their residence in the place where they were residing on 30 June 2004.

Justices of the peace referred to in the first paragraph who were on leave without pay from the public service are, from the date of coming into force of this section, deemed to have resigned from their public service position.

**27.** Persons who became presiding justices of the peace by virtue of section 26 retain the salary they were receiving before the coming into force of section 26, until that salary is equal to the salary to be determined by the Government pursuant to section 175 of the Courts of Justice Act.

They also retain the employment conditions, including the employment benefits and the pension plan, formerly applicable to them. However, during the six months following the coming into force of section 26, they may

« . . . en l’absence de démonstration d’une injustice concrète et substantielle dans les circonstances particulières d’un cas donné, la doctrine de la nécessité aura pour effet d’empêcher le réexamen des décisions passées des cours [. . .] sur le seul fondement de l’absence d’indépendance de ces tribunaux » (*Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3, par. 8).

[107] Nous sommes d’avis d’accueillir en partie le pourvoi et d’adjudger les dépens aux appelants.

## ANNEXE

### I. Dispositions législatives

*Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires et d’autres dispositions législatives eu égard au statut des juges de paix*, L.Q. 2004, c. 12

**26.** Les juges de paix nommés avant le 30 juin 2004 conformément à l’article 158 de la Loi sur les tribunaux judiciaires (L.R.Q., chapitre T-16), auxquels l’article 162 de cette loi était rendu applicable par leur acte de nomination et qui sont en fonction à cette date, deviennent juges de paix magistrats. Ils sont réputés avoir été nommés durant bonne conduite suivant les dispositions de la section II de la partie III.1 de la Loi sur les tribunaux judiciaires telle que modifiée par la présente loi et, aux fins de l’application de l’article 161 de cette loi, avoir établi leur résidence au lieu dans lequel ils résidaient le 30 juin 2004.

Parmi ces personnes, celles qui étaient en congé sans solde de la fonction publique sont, à compter de l’entrée en vigueur du présent article, réputées avoir remis à cette date leur démission de leur poste de fonctionnaires.

**27.** Les personnes devenues juges de paix magistrats par l’effet de l’article 26 conservent le traitement qu’elles recevaient avant l’entrée en vigueur de l’article 26, jusqu’à ce que ce traitement soit égal à celui qui sera établi par le gouvernement en application de l’article 175 de la Loi sur les tribunaux judiciaires (L.R.Q., chapitre T-16).

Elles conservent également les conditions de travail, y compris les avantages sociaux et le régime de retraite, qui leur étaient jusque-là applicables. Elles peuvent toutefois, dans les six mois suivant l’entrée en vigueur

elect to become members of the pension plan established under the Act respecting the Pension Plan of Management Personnel (R.S.Q., chapter R-12.1) by sending a notice to that effect to the Commission administrative des régimes de retraite et d'assurances established under the Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan (R.S.Q., chapter R-10). In that case, and if they were formerly members of the pension plan established under the Act respecting the Civil Service Superannuation Plan (R.S.Q., chapter R-12), section 42 and the first paragraph of section 139 of the Act respecting the Pension Plan of Management Personnel apply, with the necessary modifications.

**30.** The Government determines, by order, the salary and employment conditions of presiding justices of the peace appointed on or after 30 June 2004, including their employment benefits other than the pension plan. The order remains applicable until the first order is made under section 175 of the Courts of Justice Act (R.S.Q., chapter T-16) enacted by section 1.

**32.** Despite sections 2 to 8, the committee on the remuneration of judges will not exercise its functions with regard to presiding justices of the peace until a committee is formed in 2007 with respect to judges of the Court of Québec and municipal courts.

## II. Constitutional Questions

The Chief Justice stated the following constitutional questions on August 18, 2015:

1. Do ss. 27, 30 and 32 of the *Act to amend the Courts of Justice Act and other legislative provisions as regards the status of justices of the peace*, S.Q. 2004, c. 12, violate the principle of judicial independence guaranteed by:
  - (a) the *Constitution Act, 1867* or
  - (b) section 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, in respect of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

de l'article 26, opter de participer au régime de retraite établi par la Loi sur le régime de retraite du personnel d'encadrement (L.R.Q., chapitre R-12.1) en transmettant un avis à cet effet à la Commission administrative des régimes de retraite et d'assurances constituée en vertu de la Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics (L.R.Q., chapitre R-10). Dans ce cas, et si elles participaient au régime de retraite établi par la Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires (L.R.Q., chapitre R-12), l'article 42 et le premier alinéa de l'article 139 de la Loi sur le régime de retraite du personnel d'encadrement s'appliquent, compte tenu des adaptations nécessaires.

**30.** Le gouvernement fixe, par décret, le traitement et les conditions de travail des juges de paix magistrats nommés à compter du 30 juin 2004, y compris leurs avantages sociaux autres que le régime de retraite. Ce décret demeure applicable jusqu'à l'adoption du premier décret pris en application de l'article 175 de la Loi sur les tribunaux judiciaires (L.R.Q., chapitre T-16) édicté par l'article 1 de la présente loi.

**32.** Malgré les articles 2 à 8 de la présente loi, le Comité de la rémunération des juges n'exerce ses attributions eu égard aux juges de paix magistrats qu'à compter du moment où il sera procédé à la nomination des membres du comité qui sera formé en 2007 à l'égard des juges de la Cour du Québec et des cours municipales

## II. Questions constitutionnelles

La Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes le 18 août 2015 :

1. Les articles 27, 30 et 32 de la *Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires et d'autres dispositions législatives eu égard au statut des juges de paix*, L.Q. 2004, c. 12, contreviennent-ils au principe d'indépendance judiciaire garanti par :
  - a) la *Loi constitutionnelle de 1867* ou
  - b) l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, quant à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, s'agit-il d'une atteinte portée par une règle de droit dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique suivant l'article premier de la *Charte*?

- |   |   |
|---|---|
| <p>3. Does s. 178 of the <i>Courts of Justice Act</i>, CQLR, c. T-16, as amended by the <i>Act to amend the Courts of Justice Act and other legislative provisions as regards the status of justices of the peace</i>, S.Q. 2004, c. 12, violate the principle of judicial independence guaranteed by:</p> <p>(a) the <i>Constitution Act, 1867</i> or</p> <p>(b) section 11(d) of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>?</p> <p>4. If so, in respect of s. 11(d) of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the <i>Charter</i>?</p> <p>5. Does the Décret 932-2008, (2008) 140 G.O. 2, 5681, concerning the pay and other working conditions of presiding justices of the peace, violate the principle of judicial independence guaranteed by:</p> <p>(a) the <i>Constitution Act, 1867</i> or</p> <p>(b) section 11(d) of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>?</p> <p>6. If so, in respect of s. 11(d) of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the <i>Charter</i>?</p> | <p>3. L'article 178 de la <i>Loi sur les tribunaux judiciaires</i>, RLRQ, c. T-16, tel que modifié par la <i>Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires et d'autres dispositions législatives eu égard au statut des juges de paix</i>, L.Q. 2004, c. 12, contrevient-il au principe d'indépendance judiciaire garanti par :</p> <p>a) la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i> ou</p> <p>b) l'alinéa 11d) de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>?</p> <p>4. Dans l'affirmative, quant à l'al. 11d) de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>, s'agit-il d'une atteinte portée par une règle de droit dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique suivant l'article premier de la <i>Charte</i>?</p> <p>5. Le Décret 932-2008, (2008) 140 G.O. 2, 5681, concernant le traitement et les autres conditions de travail des juges de paix magistrats, contrevient-il au principe d'indépendance judiciaire garanti par :</p> <p>a) la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i> ou</p> <p>b) l'alinéa 11d) de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>?</p> <p>6. Dans l'affirmative, quant à l'al. 11d) de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>, s'agit-il d'une atteinte portée par une règle de droit dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique suivant l'article premier de la <i>Charte</i>?</p> |
|---|---|

We answer the constitutional questions as follows:

Nous répondons ainsi aux questions constitutionnelles :

Question 1: Sections 27, 30 and 32 of the Act violate the principle of judicial independence.

Première question : Les articles 27, 30 et 32 de la Loi contreviennent au principe de l'indépendance judiciaire.

Question 2: No.

Deuxième question : Non.

Question 3: No.

Troisième question : Non.

Question 4: It is unnecessary to answer this question.

Quatrième question : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Question 5: No.

Cinquième question : Non.

Question 6: It is unnecessary to answer this question.

Sixième question : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

*Appeal allowed in part with costs.*

*Solicitors for the appellants: Lavery, de Billy, Montréal.*

*Solicitor for the respondents: Attorney General of Quebec, Québec.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Montréal and Ottawa.*

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

*Solicitors for the intervener Conférence des juges de la Cour du Québec: Casavant Mercier, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Association of Justices of the Peace of Ontario: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.*

*Pourvoi accueilli en partie avec dépens.*

*Procureurs des appelants : Lavery, de Billy, Montréal.*

*Procureure des intimées : Procureure générale du Québec, Québec.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Montréal et Ottawa.*

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

*Procureurs de l'intervenante la Conférence des juges de la Cour du Québec : Casavant Mercier, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des juges de paix de l'Ontario : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.*

**Eric Andrew Rowson** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. ROWSON**

**2016 SCC 40**

File No.: 36777.

2016: October 14.

Present: Abella, Moldaver, Wagner, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Right to counsel — Search and seizure — Remedy — Exclusion of evidence — Admission of breath sample evidence would not bring administration of justice into disrepute — Accused's convictions upheld.*

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Martin, O’Ferrall and Veldhuis JJ.A.), 2015 ABCA 354, 29 Alta. L.R. (6th) 40, 332 C.C.C. (3d) 165, 607 A.R. 334, 653 W.A.C. 334, 91 M.V.R. (6th) 51, [2016] 4 W.W.R. 483, [2015] A.J. No. 1253 (QL), 2015 CarswellAlta 2139 (WL Can.), upholding the accused’s convictions for impaired driving causing bodily harm, dangerous driving causing bodily harm and driving with a blood alcohol level exceeding the legal limit entered by Martin J. Appeal dismissed, Abella and Côté JJ. dissenting.

*Jennifer Ruttan and Michael Bates*, for the appellant.

*Christine Rideout*, for the respondent.

**Eric Andrew Rowson** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. ROWSON**

**2016 CSC 40**

N° du greffe : 36777.

2016 : 14 octobre.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Wagner, Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ALBERTA

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Détermination arbitraire — Droit à l’assistance d’un avocat — Fouilles, perquisitions et saisies — Réparation — Exclusion de la preuve — L’utilisation des éléments de preuve relatifs aux échantillons d’haleine n’a pas déconsidéré l’administration de la justice — Les déclarations de culpabilité prononcées contre l’accusé sont confirmées.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Martin, O’Ferrall et Veldhuis), 2015 ABCA 354, 29 Alta. L.R. (6th) 40, 332 C.C.C. (3d) 165, 607 A.R. 334, 653 W.A.C. 334, 91 M.V.R. (6th) 51, [2016] 4 W.W.R. 483, [2015] A.J. No. 1253 (QL), 2015 CarswellAlta 2139 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre l’accusé par la juge Martin pour conduite avec les facultés affaiblies causant des lésions corporelles, conduite dangereuse causant des lésions corporelles et conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite permise. Pourvoi rejeté, les juges Abella et Côté sont dissidentes.

*Jennifer Ruttan et Michael Bates*, pour l’appellant.

*Christine Rideout*, pour l’intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] ABELLA J. — A majority of this panel is of the view that the appeal should be dismissed substantially for the reasons of Justice O’Ferrall. Justice Côté and I would allow the appeal primarily on the basis that the cumulative effect of the multiple breaches warranted the exclusion of the breathalyzer evidence.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Ruttan Bates, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Calgary.*

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE ABELLA — La majorité des membres de la présente formation sont d’avis de rejeter le pourvoi, essentiellement pour les motifs exposés par le juge O’Ferrall. La juge Côté et moi-même ferions droit à l’appel, principalement pour la raison que l’effet cumulatif des multiples manquements justifiait l’exclusion de la preuve relative à l’alcootest.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l’appelant : Ruttan Bates, Calgary.*

*Procureur de l’intimée : Procureur général de l’Alberta, Calgary.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**C.K-D.** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. C.K-D.**

**2016 SCC 41**

File No.: 36877.

2016: October 14.

Present: Abella, Moldaver, Wagner, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Criminal law — Charge to jury — Testimony of children — 17-year-old complainant testifying about alleged events that took place when she was 12 years old — Trial judge instructing jury to consider memory of 12-year-old — Trial judge’s charge to jury as a whole conveying correct instruction — Accused’s convictions restored.*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Sharpe, Hourigan and Benotto JJ.A.), 2016 ONCA 66, [2016] O.J. No. 385 (QL), 2016 CarswellOnt 868 (WL Can.), setting aside the accused’s convictions for sexual assault and sexual interference entered by Aitken J. and ordering a new trial. Appeal allowed.

*Michael Bernstein*, for the appellant.

*Louis P. Strezos, Jill R. Presser and Jeff Marshman*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] WAGNER J. — The trial judge’s charge to the jury as a whole conveyed the correct instruction to the jury on the proper approach to assessing A.Y.’s

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**C.K-D.** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : R. c. C.K-D.**

**2016 CSC 41**

N° du greffe : 36877.

2016 : 14 octobre.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Wagner, Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ONTARIO

*Droit criminel — Exposé au jury — Témoignage des enfants — Témoignage d’une plaignante âgée de 17 ans au sujet d’événements qui seraient survenus lorsqu’elle avait 12 ans — Directives de la juge du procès indiquant aux jurés d’apprécier le souvenir des faits comme si ceux-ci étaient relatés par une personne de 12 ans — Exposé de la juge du procès ayant communiqué globalement aux jurés les directives appropriées — Rétablissement des déclarations de culpabilité prononcées contre l’accusé.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Sharpe, Hourigan et Benotto), 2016 ONCA 66, [2016] O.J. No. 385 (QL), 2016 CarswellOnt 868 (WL Can.), qui a annulé les déclarations de culpabilité pour agression sexuelle et contact sexuel prononcées contre l’accusé par la juge Aitken et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

*Michael Bernstein*, pour l’appelante.

*Louis P. Strezos, Jill R. Presser et Jeff Marshman*, pour l’intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE WAGNER — Considéré globalement, l’exposé de la juge du procès aux jurés a fourni à ces derniers les directives appropriées sur la façon

evidence and credibility. On this basis, the appeal should be allowed and the convictions restored.

*Judgment accordingly.*

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

*Solicitors for the respondent: Louis P. Strezos, Toronto; Presser Barristers, Toronto.*

d'apprécier le témoignage et la crédibilité de A.Y. Pour cette raison, il y a lieu d'accueillir l'appel et de rétablir les déclarations de culpabilité.

*Jugement en conséquence.*

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

*Procureurs de l'intimé : Louis P. Strezos, Toronto; Presser Barristers, Toronto.*

**Anita Endean, as representative  
plaintiff** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of the  
Province of British Columbia and Attorney  
General of Canada** *Respondents*

- and -

**Dianna Louise Parsons, deceased,  
by her Estate Administrator,  
William John Forsyth,  
Michael Herbert Cruickshanks, David Tull,  
Martin Henry Griffen, Anna Kardish,  
Elsie Kotyk, Executrix of the Estate  
of Harry Kotyk, deceased, Elsie Kotyk,  
personally, and Fund Counsel for  
Ontario** *Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of Ontario,  
Attorney General of Canada,  
Canadian Red Cross Society,  
Her Majesty The Queen in Right of Alberta,  
Her Majesty The Queen in Right  
of Saskatchewan, Her Majesty The Queen  
in Right of Manitoba, Her Majesty The Queen  
in Right of New Brunswick, Her Majesty  
The Queen in Right of Prince Edward Island,  
Her Majesty The Queen in Right of  
Nova Scotia, Her Majesty The Queen in Right  
of Newfoundland and Labrador,  
Government of the Northwest Territories,  
Government of Nunavut and Government  
of the Yukon Territory** *Respondents*

and

**Attorney General of Quebec** *Intervener*

and

**Anita Endean, en sa qualité de représentante  
des demandeurs** *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef de la province de  
la Colombie-Britannique et procureur  
général du Canada** *Intimés*

- et -

**Dianna Louise Parsons, décédée,  
par l'administrateur de sa succession,  
William John Forsyth,  
Michael Herbert Cruickshanks, David Tull,  
Martin Henry Griffen, Anna Kardish,  
Elsie Kotyk, exécutrice de la succession  
de Harry Kotyk, décédé,  
Elsie Kotyk, personnellement, et  
Conseiller juridique du Fonds pour  
l'Ontario** *Appellants*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario,  
procureur général du Canada,  
Société canadienne de la Croix-Rouge,  
Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta,  
Sa Majesté la Reine du chef de  
la Saskatchewan, Sa Majesté la Reine  
du chef du Manitoba, Sa Majesté la Reine  
du chef du Nouveau-Brunswick, Sa Majesté  
la Reine du chef de l'Île-du-Prince-Édouard,  
Sa Majesté la Reine du chef de la  
Nouvelle-Écosse, Sa Majesté la Reine du  
chef de Terre-Neuve-et-Labrador,  
Gouvernement des Territoires du Nord-Ouest,  
Gouvernement du Nunavut et  
Gouvernement du Territoire du Yukon** *Intimés*

et

**Procureure générale du Québec** *Intervenante*

et

**Her Majesty The Queen in Right of Ontario** *Appellant on cross-appeal*

v.

**Dianna Louise Parsons, deceased, by her Estate Administrator, William John Forsyth, Michael Herbert Cruickshanks, David Tull, Martin Henry Griffen, Anna Kardish, Elsie Kotyk, Executrix of the Estate of Harry Kotyk, deceased, Elsie Kotyk, personally, Attorney General of Canada and Canadian Red Cross Society** *Respondents on cross-appeal*

**INDEXED AS: ENDEAN v. BRITISH COLUMBIA**  
**2016 SCC 42**

File Nos.: 35843, 36456.

2016: May 19; 2016: October 20.

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

**ON APPEAL FROM THE COURTS OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA AND ONTARIO**

*Courts — Jurisdiction — Class actions — Hearings outside superior court's home province — Superior court judges in three provinces supervising implementation of pan-national class action settlement — Motions relating to settlement brought before supervisory judges — Class counsel proposing that supervisory judges sit together in fourth province to hear motions — Parties agreeing that judges have discretionary power to sit together outside their home provinces, but disagreeing on source of power and conditions under which it may be exercised — Whether source of authority is statutory or an aspect of inherent powers of superior court — Whether video link to open courtroom in judges' home jurisdiction is condition for exercise of authority — Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 12 — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 12.*

**Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario** *Appelante au pourvoi incident*

c.

**Dianna Louise Parsons, décédée, par l'administrateur de sa succession, William John Forsyth, Michael Herbert Cruickshanks, David Tull, Martin Henry Griffen, Anna Kardish, Elsie Kotyk, exécutrice de la succession de Harry Kotyk, décédé, Elsie Kotyk, personnellement, procureur général du Canada et Société canadienne de la Croix-Rouge** *Intimés au pourvoi incident*

**RÉPERTORIÉ : ENDEAN c. COLOMBIE-BRITANNIQUE**  
**2016 CSC 42**

N<sup>os</sup> du greffe : 35843, 36456.

2016 : 19 mai; 2016 : 20 octobre.

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

**EN APPEL DES COURS D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE ET DE L'ONTARIO**

*Tribunaux — Compétence — Recours collectifs — Audiences de cours supérieures tenues à l'extérieur de leur province de rattachement — Juges de la cour supérieure de trois provinces chargés de superviser la mise en œuvre d'une convention pancanadienne de règlement de recours collectifs — Juges superviseurs saisis de requêtes relatives à la convention de règlement — Conseillers juridiques proposant que les juges superviseurs siègent ensemble dans une quatrième province pour trancher les requêtes — Accord des parties sur le fait que les juges ont le pouvoir discrétionnaire de siéger ensemble à l'extérieur de leur province de rattachement, mais non sur la source et les modalités d'exercice de ce pouvoir — S'agit-il d'un pouvoir d'origine législative ou d'un volet de la compétence inhérente des cours supérieures? — L'exercice de ce pouvoir nécessite-t-il un lien vidéo entre la salle d'audience où se trouve le juge et une salle d'audience accessible au public dans la province de rattachement du juge? — Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, c. 6, art. 12 — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, art. 12.*

The superior courts of British Columbia, Quebec and Ontario certified concurrent class action proceedings on behalf of individuals infected with hepatitis C by the Canadian blood supply between 1986 and 1990. The British Columbia and Quebec class actions included residents of those provinces, while the Ontario class action included all other persons in Canada. The parties reached a pan-Canadian settlement agreement in 1999, which assigned a supervisory role to the British Columbia, Quebec and Ontario superior courts and provided that decisions of those courts only took effect if they were materially identical.

In 2012, class counsel filed motions before the supervisory judges relating to the settlement agreement and proposed that the motions be heard by the three judges sitting together in one location. British Columbia, Quebec and Ontario opposed the proposal on the basis that the judges did not have the jurisdiction to conduct hearings outside their home province. Motions for directions were brought in each jurisdiction to resolve the objection. All three motions judges concluded that it was permissible for the superior court judges to sit in a province other than their respective home province with their judicial counterparts to hear the settlement agreement motions. Only Ontario and British Columbia appealed. The Ontario Court of Appeal agreed with the motions judge that the basis for the power to conduct a hearing outside the province was the superior court's inherent jurisdiction, but concluded that a video link was required between the out-of-province courtroom and an Ontario courtroom. The British Columbia Court of Appeal found that the common law prohibited superior court judges from sitting outside the province, but that it was permissible for a judge who was not physically present in the province to conduct a hearing taking place in the province by telephone, video conference or other communication medium.

The representative plaintiffs appeal to this Court and Ontario cross-appeals. The parties now agree that the superior court judges have a discretionary power to sit together outside their home provinces to hear a motion without oral evidence in the context of a pan-Canadian settlement agreement. However, there is no agreement

Les cours supérieures de la Colombie-Britannique, du Québec et de l'Ontario ont autorisé l'introduction de recours collectifs concomitants au nom de personnes ayant été infectées par l'hépatite C par suite de transfusions sanguines reçues au Canada entre 1986 et 1990. Les recours collectifs intentés en Colombie-Britannique et au Québec touchaient des résidents de ces provinces, tandis que celui intenté en Ontario concernait tous les autres Canadiens visés. En 1999, les parties ont conclu une convention de règlement pancanadienne qui attribuait un rôle de supervision aux cours supérieures de la Colombie-Britannique, du Québec et de l'Ontario, et qui prévoyait que les décisions de ces tribunaux n'entraient en vigueur que s'il n'existait pas de différences importantes entre elles.

En 2012, les conseillers juridiques agissant dans le cadre des recours collectifs ont saisi les juges superviseurs de requêtes relatives à la convention de règlement et ont proposé qu'elles soient instruites par les trois juges siégeant à un seul endroit. La Colombie-Britannique, le Québec et l'Ontario ont contesté la proposition au motif que les juges n'étaient pas compétents pour tenir une audience à l'extérieur de leur province de rattachement. Des requêtes visant à obtenir des directives ont été présentées dans chaque province afin que cette objection soit tranchée. Les trois juges saisis des requêtes ont conclu que les juges des cours supérieures pouvaient siéger avec leurs homologues dans une province autre que leur province respective de rattachement pour instruire les requêtes portant sur la convention de règlement. Seuls l'Ontario et la Colombie-Britannique ont fait appel de cette décision. La Cour d'appel de l'Ontario a souscrit à la décision du juge des requêtes suivant laquelle le pouvoir de tenir une audience à l'extérieur de la province est fondé sur la compétence inhérente d'une cour supérieure, mais elle a conclu qu'il est nécessaire d'établir un lien vidéo entre la salle d'audience située à l'extérieur de la province et une salle d'audience située en Ontario. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que la common law interdit aux juges des cours supérieures de siéger à l'extérieur de la province, mais qu'un juge qui n'est pas physiquement présent dans la province peut présider une audience se déroulant dans la province par téléphone, par vidéoconférence ou par tout autre moyen de communication.

Les représentants des demandeurs se pourvoient devant la Cour et l'Ontario forme un pourvoi incident. Les parties sont maintenant d'accord pour dire que les juges de la cour supérieure ont le pouvoir discrétionnaire de siéger ensemble à l'extérieur de leur province de rattachement respective pour instruire, sans preuve orale, une

concerning the source of this power and the conditions under which it may be exercised.

*Held:* The appeals should be allowed and the cross-appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Gascon, Côté and Brown JJ.: In pan-national class action proceedings over which the superior court has subject-matter and personal jurisdiction, a judge of that court has the discretion to hold a hearing outside his or her territory in conjunction with other judges managing related class actions, provided that the judge will not have to resort to the court's coercive powers in order to convene or conduct the hearing and the hearing is not contrary to the law of the place in which it will be held.

To determine the source of their discretionary power to sit outside their home jurisdiction, courts ought to look first to their statutory powers before considering their inherent jurisdiction. Given the broad and loosely defined nature of the inherent powers of superior courts, they should be exercised sparingly and with caution. In Ontario and British Columbia, superior court judges have the discretionary statutory power under s. 12 of the Ontario *Class Proceedings Act, 1992* and s. 12 of the British Columbia *Class Proceedings Act* (the "Acts") to sit outside their home provinces. A broad interpretation of these statutory powers, which confirms and reflects the inherent authority of judges to control procedure, helps to fulfil the purpose of class actions and to ensure that procedural innovations in aid of access to justice will not be stymied by unduly technical or time-bound understandings of the scope of the class action judge's authority. There are no constitutional, statutory or common law limitations that restrict the scope of the broad and general language of these provisions and that prevent a judge from sitting outside his or her province for the purposes in issue in these cases.

Section 12 of the Acts should be understood as both confirming and reflecting the inherent jurisdiction of the superior courts to govern their own processes. Thus, in common law jurisdictions where comparable provisions do not exist, the analysis of the courts' inherent jurisdiction would lead to the same result, subject to any limitations on

requête portant sur une convention de règlement pancanadienne. Elles ne s'entendent toutefois pas sur la source et les éventuelles modalités d'exercice de ce pouvoir.

*Arrêts :* Les pourvois sont accueillis et le pourvoi incident est rejeté.

*La juge en chef* McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Gascon, Côté et Brown : Dans le cadre de recours collectifs pancanadiens sur lesquels une cour supérieure a compétence *ratione materiae* et *ratione personae*, un juge de cette cour a le pouvoir discrétionnaire de tenir une audience à l'extérieur de sa province de rattachement conjointement avec d'autres juges chargés de gérer des recours collectifs connexes, à condition de ne pas avoir à recourir aux pouvoirs de contrainte de la cour pour convoquer ou mener l'audience et à condition que l'audience ne soit pas contraire aux lois de la province où elle se déroule.

Pour déterminer la source de leur pouvoir discrétionnaire de siéger à l'extérieur de leur province de rattachement, les tribunaux devraient en premier lieu s'enquérir des pouvoirs que la loi leur confère avant d'examiner leur compétence inhérente. Compte tenu de son caractère général et de sa définition formulée en termes vagues, la compétence inhérente des cours supérieures doit être exercée avec circonspection. En Ontario et en Colombie-Britannique, les juges des cours supérieures ont — en vertu respectivement de l'art. 12 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* et de l'art. 12 de la *Class Proceedings Act* (les « Lois ») — le pouvoir discrétionnaire de siéger à l'extérieur de leur province de rattachement. Une interprétation large de ces pouvoirs conférés par la loi, qui confirme et reflète le pouvoir inhérent qu'ont les juges de contrôler la procédure, contribue à réaliser l'objectif des recours collectifs et à garantir que l'on ne vienne pas, en raison d'une vision de la portée des pouvoirs des juges présidant les recours collectifs qui serait trop technique ou trop circonscrite dans le temps, nuire à des innovations procédurales censées faciliter l'accès à la justice. Aucune limite fixée par la Constitution, par une loi ou par la common law ne restreint la portée du libellé large et général de ces dispositions ni n'empêche un juge de siéger à l'extérieur de sa province de rattachement pour les fins dont il est question en l'espèce.

Les articles 12 des Lois devraient être interprétés comme confirmant et reflétant le pouvoir inhérent des cours supérieures de gérer leur propre procédure. Ainsi, dans les provinces de common law où il n'existe pas de dispositions comparables, l'analyse de la compétence inhérente des cours conduirait à la même conclusion, sous

inherent jurisdiction there applicable, such as constraints imposed by the Constitution, by any statutory provisions or by common law rules. Absent some clear limitation, the inherent jurisdiction of the superior courts extends to permitting the court to hold the sort of hearing in issue here.

A video link between the out-of-province courtroom where the hearing takes place and a courtroom in the judge's home province is not a condition for a judge to be able to sit outside his or her home province. Neither the Acts nor the inherent jurisdiction of the court imposes such a requirement. The open court principle is not violated when a superior court judge exercises his or her discretion to sit outside his or her home province without a video link to the home jurisdiction.

The court's discretion to hold a hearing outside its territory must be exercised in the interests of the administration of justice. The court should also be guided by the following broad considerations: whether sitting in another province will impinge or could be seen as impinging on the sovereignty of that province; whether there are benefits or costs to the proposed out-of-province proceeding; and whether any terms should be imposed, such as conditions as to the payment of extraordinary costs or use of a video link to the court's home jurisdiction.

*Per Karakatsanis and Wagner JJ.:* There is agreement that the superior court judges in these cases have discretionary statutory authority under s. 12 of the Acts to sit outside of their home provinces, and that a video link is not mandatory in an extraprovincial hearing.

The open court principle encompasses more than a singular requirement that justice not be carried out in secrecy. It fosters public confidence in the court system and furthers public understanding of the administration of justice. In addition, the open court principle protects the media's right to access courts and the circumstances necessary for the media to fulfil their role as surrogates for the public. A judge sitting extraprovincially should be prepared to consider how to give effect to the educational and community-centric aspects of the open court principle. In particular, courts should strive to make class actions procedure visible and understandable to class members and the community where the proceedings

réserve de toute restriction applicable à la compétence inhérente, par exemple des contraintes fixées par la Constitution, par des dispositions législatives ou par des règles de la common law. À défaut de restriction explicite, les cours supérieures peuvent, en vertu de leur compétence inhérente, tenir le type d'audiences dont il est question en l'espèce.

L'existence d'un lien vidéo entre la salle de cour située à l'extérieur de la province où se déroule l'audience et une salle d'audience se trouvant dans la province de rattachement du juge n'est pas requise pour qu'un juge puisse siéger à l'extérieur de cette dernière. Ni les Lois ni la compétence inhérente des cours supérieures n'imposent une telle condition. Le principe de la publicité des débats est respecté lorsqu'un juge d'une cour supérieure exerce son pouvoir discrétionnaire de siéger à l'extérieur de sa province sans qu'un lien vidéo soit établi avec cette dernière.

Le pouvoir discrétionnaire de la cour de tenir une audience à l'extérieur de sa province de rattachement doit être exercé dans l'intérêt de l'administration de la justice. La cour devrait également prendre en considération les facteurs généraux suivants : si le fait de siéger dans une autre province portera atteinte ou pourrait être considéré comme portant atteinte à la souveraineté de cette province, les avantages et les coûts de la tenue de l'audience projetée à l'extérieur de la province, et s'il y a lieu d'imposer des conditions, par exemple le remboursement des frais extraordinaires ou le recours à un lien vidéo avec la province de rattachement de la cour.

*Les juges Karakatsanis et Wagner :* Il y a accord quant au fait que les juges des cours supérieures dans les présents dossiers ont le pouvoir légal discrétionnaire en vertu des art. 12 des Lois de siéger en dehors de leur province de rattachement et qu'il n'est pas obligatoire d'établir un lien vidéo dans le contexte d'une audience tenue hors province.

Le principe de la publicité des débats judiciaires englobe davantage que la seule exigence selon laquelle la justice ne doit pas être rendue secrètement. Il favorise la confiance du public à l'égard du système judiciaire et accroît sa compréhension de l'administration de la justice. En outre, le principe de la publicité des débats protège le droit des médias d'avoir accès aux salles d'audience et les circonstances nécessaires pour que les médias puissent jouer leur rôle de suppléants du public. Un juge qui préside une audience tenue hors province doit être prêt à examiner comment donner effet au volet éducatif du principe de la publicité des débats judiciaires ainsi qu'à celui qui veut que la communauté soit au cœur de

were initiated. While the court should not presumptively order that a video link back to the home provinces be set up where the court sits extraprovincially, members of the public, the media, or counsel can request that a video link or other means be used to enhance the accessibility of the hearing. If such a request is made, or the judge considers it appropriate, a video link or other means to enhance accessibility should be ordered, subject to any countervailing considerations.

### Cases Cited

By Cromwell J.

**Referred to:** *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158; *Amyotrophic Lateral Sclerosis Society of Essex County v. Windsor (City)*, 2015 ONCA 572, 337 O.A.C. 315; *Fantl v. Transamerica Life Canada*, 2009 ONCA 377, 95 O.R. (3d) 767; *Ontario New Home Warranty Program v. Chevron Chemical Co.* (1999), 46 O.R. (3d) 130; *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 2, [2011] 1 S.C.R. 19; *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326.

By Wagner J.

**Referred to:** *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 2, [2011] 1 S.C.R. 19; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *AIC Limited v. Fischer*, 2013 SCC 69, [2013] 3 S.C.R. 949; *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448

cet enjeu. Plus particulièrement, les tribunaux doivent aspirer à rendre les recours collectifs visibles et compréhensibles pour les membres des groupes visés par de tels recours ainsi que pour la communauté où ces derniers ont été intentés. Même si les tribunaux ne devraient pas présumer devoir ordonner la mise en place d'un lien vidéo avec les provinces de rattachement lorsque les juges siègent hors province, les membres du public, les médias ou les avocats peuvent demander qu'un tel lien ou qu'un autre moyen de communication soit utilisé pour accroître l'accessibilité à l'audience. Si une telle demande est présentée — ou si le juge estime qu'il est de mise d'établir un lien vidéo ou d'utiliser un autre moyen de communication —, sous réserve de considérations qui feraient contrepoids, elle devrait généralement être accueillie.

### Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell

**Arrêts mentionnés :** *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Amyotrophic Lateral Sclerosis Society of Essex County c. Windsor (City)*, 2015 ONCA 572, 337 O.A.C. 315; *Fantl c. Transamerica Life Canada*, 2009 ONCA 377, 95 O.R. (3d) 767; *Ontario New Home Warranty Program c. Chevron Chemical Co.* (1999), 46 O.R. (3d) 130; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19; *Scott c. Scott*, [1913] A.C. 417; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

Citée par le juge Wagner

**Arrêts mentionnés :** *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949; *Richmond Newspapers, Inc. c. Virginia*,

U.S. 555 (1980); *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442.

### Statutes and Regulations Cited

*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 12.  
*Class Proceedings Act*, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 12.  
*Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25, art. 1045.  
*Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01, art. 11.  
*Constitution Act, 1867*, s. 92(14).  
*Court of Queen's Bench Act*, C.C.S.M., c. C280, s. 76(1).  
*Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 11(2), 15(1), 135.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 29.  
*Judicature Act*, S.P.E.I. 2008, c. 20, s. 61.  
*Nova Scotia Civil Procedure Rules*, r. 86.05(4).  
*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 1.08.  
*Rules of Court*, N.B. Reg. 82-73, rr. 37.08, 38.08.  
*Supreme Court Act*, R.S.B.C. 1996, c. 443, s. 3(1).  
*Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, rr. 22-1(5), 23-5(4).

### Authors Cited

Alberta Law Reform Institute. Final Report No. 85. *Class Actions*. Edmonton: The Institute, 2000.  
 Black, Vaughan, and Stephen G. A. Pitel. "Out of Bounds: Can a Court Sit Outside Its Home Jurisdiction?" (2013), 41 *Adv. Q.* 503.  
 British Columbia. Legislative Assembly. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, No. 20, 4th Sess., 35th Parl., June 6, 1995, pp. 15070, 15072 and 15075-76.  
 British Columbia. Legislative Assembly. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, No. 23, 4th Sess., 35th Parl., June 8, 1995, pp. 15231-32.  
 British Columbia. Ministry of Attorney General. *Consultation Document: Class Action Legislation for British Columbia*. Victoria: The Ministry, 1994.  
 Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.  
 Cunliffe, Emma. "Open Justice: Concepts and Judicial Approaches" (2012), 40 *Fed. L. Rev.* 385.  
*Halsbury's Laws of England*, vol. 24, 5th ed. London: LexisNexis, 2010.

448 U.S. 555 (1980); *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442.

### Lois et règlements cités

*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50, art. 12.  
*Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25, art. 1045.  
*Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 11.  
*Judicature Act*, S.P.E.I. 2008, c. 20, art. 61.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 92(14).  
*Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, c. 6, art. 12.  
*Loi sur la Cour du Banc de la Reine*, C.P.L.M., c. C280, art. 76(1).  
*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, c. C.43, art. 11(2), 15(1), 135.  
*Nova Scotia Civil Procedure Rules*, règle 86.05(4).  
*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 1.08.  
*Règles de procédure*, Règl. du N.-B. 82-73, règles 37.08, 38.08.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 29.  
*Supreme Court Act*, R.S.B.C. 1996, c. 443, art. 3(1).  
*Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, règles 22-1(5), 23-5(4).

### Doctrine et autres documents cités

Alberta Law Reform Institute. Final Report No. 85. *Class Actions*, Edmonton, The Institute, 2000.  
 Black, Vaughan, and Stephen G. A. Pitel. « Out of Bounds : Can a Court Sit Outside Its Home Jurisdiction? » (2013), 41 *Adv. Q.* 503.  
 Colombie-Britannique. Assemblée législative. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, No. 20, 4th Sess., 35th Parl., June 6, 1995, pp. 15070, 15072 and 15075-76.  
 Colombie-Britannique. Assemblée législative. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, No. 23, 4th Sess., 35th Parl., June 8, 1995, pp. 15231-32.  
 Colombie-Britannique. Ministry of Attorney General. *Consultation Document : Class Action Legislation for British Columbia*, Victoria, The Ministry, 1994.  
 Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. *Loi uniforme sur les recours collectifs* (1996) (en ligne : <http://www.ulcc.ca/fr/lois-uniformes-nouvelle-structure/lois-uniformes-courantes/83-josetta-1-fr-fr/lois-uniformes/loi-sur-les-recours-collectifs/1398-loi-uniforme-sur-les-recours-collectifs-1996>).

- Jackson, Georgina R., and Janis Sarra. “Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters”, in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007*. Toronto: Thomson Carswell, 2008, 41.
- Jacob, I. H. “The Inherent Jurisdiction of the Court” (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23.
- Macdonald, Roderick A. “Access to Justice in Canada Today: Scope, Scale and Ambitions”, in Julia Bass, W. A. Bogart and Frederick H. Zemans, eds., *Access to Justice for a New Century — The Way Forward*. Toronto: Law Society of Upper Canada, 2005, 19.
- Ontario. Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform. *Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform*. Toronto: The Committee, 1990.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Class Actions*, vol. II. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1982.
- Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates (Hansard)*, 1st Sess., 35th Parl., November 18, 1991 (online: [www.ontla.on.ca/web/house-proceedings/house\\_detail.do?Date=1991-11-18&Parl=35&Sess=1&locale=en](http://www.ontla.on.ca/web/house-proceedings/house_detail.do?Date=1991-11-18&Parl=35&Sess=1&locale=en)).
- Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates (Hansard)*, 2nd Sess., 34th Parl., June 12, 1990 (online: [www.ontla.on.ca/web/house-proceedings/house\\_detail.do?Date=1990-06-12&Parl=35&Sess=1&locale=en](http://www.ontla.on.ca/web/house-proceedings/house_detail.do?Date=1990-06-12&Parl=35&Sess=1&locale=en)).
- Resnik, Judith. “The Democracy in Courts: Jeremy Bentham, ‘Publicity’, and the Privatization of Process in the Twenty-First Century” (2013), 10 *NoFo* 77.
- Uniform Law Conference of Canada. *Uniform Class Proceedings Act* (1996) (online: <http://www.ulcc.ca/en/uniform-acts-new-order/current-uniform-acts/82-josetta-1-en-gb/uniform-actsa/class-proceedings-act/1395-uniform-class-proceedings-act-1996>).
- Warren, Marilyn. “Open Justice in the Technological Age” (2014), 40 *Monash U.L. Rev.* 45.
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2009.
- Cunliffe, Emma. « Open Justice : Concepts and Judicial Approaches » (2012), 40 *Fed. L. Rev.* 385.
- Halsbury’s Laws of England*, vol. 24, 5th ed., London, LexisNexis, 2010.
- Jackson, Georgina R., and Janis Sarra. « Selecting the Judicial Tool to get the Job Done : An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007*, Toronto, Thomson Carswell, 2008, 41.
- Jacob, I. H. « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23.
- Macdonald, Roderick A. « L’accès à la justice aujourd’hui au Canada — étendue, envergure et ambitions », dans Julia Bass, W. A. Bogart et Frederick H. Zemans, dir., *L’accès à la justice pour le nouveau siècle : les voies du progrès*, Toronto, Barreau du Haut-Canada, 2005, 23.
- Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats (Hansard)*, 1<sup>re</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 18 novembre 1991 (en ligne : [www.ontla.on.ca/web/house-proceedings/house\\_detail.do?Date=1991-11-18&Parl=35&Sess=1&locale=fr](http://www.ontla.on.ca/web/house-proceedings/house_detail.do?Date=1991-11-18&Parl=35&Sess=1&locale=fr)).
- Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats (Hansard)*, 2<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 12 juin 1990 (en ligne : [www.ontla.on.ca/web/house-proceedings/house\\_detail.do?Date=1990-06-12&Parl=35&Sess=1&locale=fr](http://www.ontla.on.ca/web/house-proceedings/house_detail.do?Date=1990-06-12&Parl=35&Sess=1&locale=fr)).
- Ontario. Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform. *Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform*, Toronto, The Committee, 1990.
- Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on Class Actions*, vol. II, Toronto, ministère du Procureur général, 1982.
- Resnik, Judith. « The Democracy in Courts : Jeremy Bentham, “Publicity”, and the Privatization of Process in the Twenty-First Century » (2013), 10 *NoFo* 77.
- Warren, Marilyn. « Open Justice in the Technological Age » (2014), 40 *Monash U.L. Rev.* 45.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Saunders, Tysoe and Goepel J.J.A.), 2014 BCCA 61, 59 B.C.L.R. (5th) 113, 352 B.C.A.C. 7, 601 W.A.C. 7, 49 C.P.C. (7th) 316, [2014] 5 W.W.R. 481, [2014] B.C.J. No. 254 (QL), 2014 CarswellBC 363 (WL Can.), setting aside a decision of Bauman C.J.B.C., 2013 BCSC 1074, [2013] B.C.J. No. 1304 (QL), 2013 CarswellBC 1828 (WL Can.). Appeal allowed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Saunders, Tysoe et Goepel), 2014 BCCA 61, 59 B.C.L.R. (5th) 113, 352 B.C.A.C. 7, 601 W.A.C. 7, 49 C.P.C. (7th) 316, [2014] 5 W.W.R. 481, [2014] B.C.J. No. 254 (QL), 2014 CarswellBC 363 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge en chef Bauman, 2013 BCSC 1074, [2013] B.C.J. No. 1304 (QL), 2013 CarswellBC 1828 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Juriansz, LaForme and Lauwers JJ.A.), 2015 ONCA 158, 125 O.R. (3d) 168, 331 O.A.C. 71, 381 D.L.R. (4th) 667, 64 C.P.C. (7th) 227, [2015] O.J. No. 1257 (QL), 2015 CarswellOnt 3336 (WL Can.), setting aside in part a decision of Winkler C.J.O., 2013 ONSC 3053, 363 D.L.R. (4th) 352, 43 C.P.C. (7th) 412, [2013] O.J. No. 2343 (QL), 2013 CarswellOnt 6659 (WL Can.). Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

*Sharon D. Matthews, Q.C., J. J. Camp, Q.C., and Michael Sobkin*, for the appellant Anita Endean, as representative plaintiff.

*Keith Evans and Katherine Webber*, for the respondent Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia.

*Robert J. Frater, Q.C., and Kathryn Hucal*, for the respondent/respondent on cross-appeal the Attorney General of Canada.

*Paul J. Pape and Shantona Chaudhury*, for the appellants/respondents on cross-appeal Dianna Louise Parsons et al.

*John E. Callaghan and Alex Zavaglia*, for the appellant the Fund Counsel for Ontario.

*Josh Hunter, Brent Kettles and Lynne McArdle*, for the respondent/appellant on cross-appeal Her Majesty The Queen in Right of Ontario.

No one appeared for the respondent/respondent on cross-appeal the Canadian Red Cross Society.

*Caroline Zayid, H. Michael Rosenberg and Adam Goldenberg*, for the respondents Her Majesty The Queen in Right of Alberta et al.

Written submissions only by *Dana Pescarus, Carole Soucy and Manon Des Ormeaux*, for the interveners.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Juriansz, LaForme et Lauwers), 2015 ONCA 158, 125 O.R. (3d) 168, 331 O.A.C. 71, 381 D.L.R. (4th) 667, 64 C.P.C. (7th) 227, [2015] O.J. No. 1257 (QL), 2015 CarswellOnt 3336 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision du juge en chef Winkler, 2013 ONSC 3053, 363 D.L.R. (4th) 352, 43 C.P.C. (7th) 412, [2013] O.J. No. 2343 (QL), 2013 CarswellOnt 6659 (WL Can.). Pourvoi principal accueilli et pourvoi incident rejeté.

*Sharon D. Matthews, c.r., J. J. Camp, c.r., et Michael Sobkin*, pour l'appelante Anita Endean, en sa qualité de représentante des demandeurs.

*Keith Evans et Katherine Webber*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique.

*Robert J. Frater, c.r., et Kathryn Hucal*, pour l'intimé/intimé au pourvoi incident le procureur général du Canada.

*Paul J. Pape et Shantona Chaudhury*, pour les appelants/intimés au pourvoi incident Dianna Louise Parsons et autres.

*John E. Callaghan et Alex Zavaglia*, pour l'appellant le Conseiller juridique du Fonds pour l'Ontario.

*Josh Hunter, Brent Kettles et Lynne McArdle*, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario.

Personne n'a comparu pour l'intimée/intimée au pourvoi incident la Société canadienne de la Croix-Rouge.

*Caroline Zayid, H. Michael Rosenberg et Adam Goldenberg*, pour les intimés Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta et autres.

Argumentation écrite seulement par *Dana Pescarus, Carole Soucy et Manon Des Ormeaux*, pour l'intervenante.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Gascon, Côté and Brown JJ. was delivered by

CROMWELL J. —

### I. Introduction and Issues

[1] Class actions are an important procedural tool designed to help improve access to justice. They are meant to provide a fair and expeditious resolution of the plaintiffs' claims and, to ensure that they do, class action judges have broad and flexible procedural powers. The limits of those powers are tested by these appeals.

[2] At issue is the power of superior court judges who are implementing a pan-national class action settlement to sit outside their home provinces to hear and decide a motion relating to it.

[3] While all parties agree that judges may do this under certain conditions, there is disagreement about two related issues:

1. What is the source of authority for the judge to sit outside his or her home jurisdiction: Is it statutory or an aspect of the inherent powers of a superior court?
2. Is a video link to an open courtroom in the judge's home jurisdiction a condition for the exercise of this authority?

[4] In my opinion, superior court judges in Ontario and British Columbia have the discretionary statutory power under s. 12 of the *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6, and s. 12 of the *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50 (the "Acts"), to sit outside their home provinces, and a video link to an open courtroom in the judge's home jurisdiction is

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Cromwell, Moldaver, Gascon, Côté et Brown rendu par

LE JUGE CROMWELL —

### I. Introduction et questions en litige

[1] Le recours collectif est un important outil procédural conçu pour accroître l'accès à la justice. Il est censé offrir une procédure permettant de trancher les litiges avec équité et célérité. À cette fin, les juges qui instruisent ce type de recours disposent de pouvoirs à la fois vastes et souples en matière de procédure. Les présents pourvois amènent la Cour à se pencher sur les limites de ces pouvoirs.

[2] Il s'agit ici de savoir si les juges des cours supérieures chargés de mettre en œuvre des conventions pancanadiennes de règlement de recours collectifs ont le pouvoir de siéger à l'extérieur de leur province de rattachement pour trancher les requêtes s'y rapportant.

[3] Bien que toutes les parties s'entendent pour dire que les juges peuvent exercer ce pouvoir à certaines conditions, elles sont en désaccord sur les deux questions connexes suivantes :

1. Quelle est la source du pouvoir permettant aux juges de siéger à l'extérieur de leur province de rattachement : s'agit-il d'un pouvoir d'origine législative ou d'un volet de la compétence inhérente des cours supérieures?
2. Est-il nécessaire, pour pouvoir exercer ce pouvoir, qu'il y ait un lien vidéo entre la salle d'audience où se trouve le juge et une salle d'audience accessible au public dans la province de rattachement du juge?

[4] À mon avis, les juges des cours supérieures ont, en Ontario et en Colombie-Britannique — en vertu respectivement de l'art. 12 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, c. 6, et de l'art. 12 de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50 (les « Lois ») — le pouvoir discrétionnaire de siéger à l'extérieur de leur province de rattachement,

not required. A broad interpretation of these statutory powers, which confirms and reflects the inherent authority of judges to control procedure, helps to fulfil the purpose of class actions and to ensure that procedural innovations in aid of access to justice will not be stymied by unduly technical or time-bound understandings of the scope of the class action judge's authority.

## II. Facts

[5] Class counsel thought that it would be more efficient and effective for the superior court judges charged with managing and implementing a pan-national settlement of the proceedings in three provinces to sit together in a fourth province to hear motions relating to the settlement. Class counsel's attempt to pursue this course of action gave rise to the issues now before the Court.

[6] By way of a brief background, the superior courts of British Columbia, Quebec and Ontario certified concurrent class action proceedings on behalf of individuals infected with hepatitis C by the Canadian blood supply between January 1, 1986 and July 1, 1990. The British Columbia and Quebec class actions included residents of those provinces, while the Ontario class action included all other persons in Canada who received infected blood during the relevant period.

[7] The parties reached a pan-Canadian settlement agreement in 1999 ("1986-1990 Hepatitis C Settlement Agreement"). The Government of Canada, as well as all provinces and territories, agreed to be bound by the settlement agreement once it received court approval. The governments of provinces and territories other than Quebec and British Columbia

et il n'est pas nécessaire d'assurer un lien vidéo entre le lieu de l'audience et une salle d'audience accessible au public dans leur province de rattachement. Une interprétation large de ces pouvoirs conférés par la loi — qui confirme et reflète le pouvoir inhérent qu'ont les juges de contrôler la procédure — contribue à réaliser l'objectif des recours collectifs et à garantir que l'on ne vienne pas, en raison d'une vision de la portée des pouvoirs des juges présidant les recours collectifs qui serait trop technique ou trop circonscrite dans le temps, nuire à des innovations procédurales destinées à faciliter l'accès à la justice.

## II. Les faits

[5] Les conseillers juridiques agissant dans le cadre des recours collectifs en cause en l'espèce ont estimé qu'il serait plus efficace et plus efficient que les juges des cours supérieures chargés de gérer et de mettre en œuvre le règlement pancanadien de ces recours intentés dans trois provinces siègent ensemble dans une quatrième province pour trancher les requêtes relatives au règlement. Les démarches que les conseillers juridiques ont entreprises pour obtenir cette mesure sont à l'origine des questions que la Cour est appelée à examiner.

[6] Pour situer brièvement les faits dans leur contexte, rappelons que les cours supérieures de la Colombie-Britannique, du Québec et de l'Ontario ont autorisé l'introduction de recours collectifs concomitants au nom de personnes ayant été infectées par l'hépatite C par suite de transfusions sanguines reçues au Canada entre le 1<sup>er</sup> janvier 1986 et le 1<sup>er</sup> juillet 1990. Les recours collectifs intentés au Québec et en Colombie-Britannique touchaient des résidents de ces provinces, tandis que celui intenté en Ontario concernait tous les autres Canadiens qui avaient été infectés par du sang contaminé au cours de la période visée.

[7] En 1999, les parties ont conclu une convention de règlement pancanadienne (« Convention de règlement relative à l'hépatite C 1986-1990 »). Le gouvernement du Canada de même que l'ensemble des provinces et des territoires ont accepté d'être liés par cette convention une fois celle-ci entérinée par les tribunaux. Les gouvernements des

attorned to the jurisdiction of the Ontario courts. The supervisory judges of the class actions in Ontario, British Columbia and Quebec heard settlement motions and approved the settlement agreement.

[8] The settlement agreement assigned a supervisory role to the British Columbia, Quebec and Ontario superior courts: s. 10.01(1). However, the decisions of the courts under the agreement only took effect if all three courts made orders “without any material differences”: s. 10.01(2).

[9] Class counsel subsequently wanted to extend the deadline in the settlement agreement for filing first claims for benefits from the settlement funds. Therefore, in 2012, they filed motions before the three superior court supervisory judges for approval of a proposed protocol. The motions were brought under s. 10.01 of the settlement agreement and, as noted earlier, required orders “without any material differences” in all three courts.

[10] Class counsel proposed that the most efficient and effective procedure for adjudicating the motions would be to have them heard by the three supervisory superior court judges sitting together in one location so that they would hear the same submissions and be better positioned to issue orders without “material differences”. The supervisory judges were to adjudicate on a paper record.

[11] Each province opposed class counsel’s proposal on the basis that the superior court judges did not have the jurisdiction to conduct hearings outside their home province. Separate motions for directions were brought in each jurisdiction to resolve the objection. The motions raised the issue of whether the superior court judges could sit in a province

provinces et des territoires autres que le Québec et la Colombie-Britannique ont accepté de se soumettre à la compétence des tribunaux ontariens. Les juges chargés de superviser les recours collectifs en Ontario, en Colombie-Britannique et au Québec ont été saisis de requêtes relatives au règlement et ont entériné la convention de règlement.

[8] La convention de règlement attribuait un rôle de supervision aux cours supérieures de la Colombie-Britannique, du Québec et de l’Ontario : par. 10.01(1). Toutefois, les décisions prises par ces tribunaux n’entraient en vigueur que si les trois tribunaux rendaient des décisions « sans [. . .] différence importante » entre elles : par. 10.01(2).

[9] Les conseillers juridiques agissant dans le cadre des recours collectifs ont souhaité par la suite repousser la date limite prévue par la convention de règlement pour le dépôt des premières demandes d’indemnisation. Ainsi, en 2012, ils ont saisi les juges superviseurs des trois cours supérieures de requêtes en vue de faire approuver le protocole proposé. Les requêtes ont été présentées en application de l’art. 10.01 de la convention de règlement qui, comme nous l’avons déjà signalé, exigeait qu’il n’y ait « [pas] de différence importante » entre les jugements ou ordonnances des trois cours.

[10] Les conseillers juridiques estimaient que la procédure la plus efficace et efficiente pour trancher les requêtes serait de faire siéger ensemble les trois juges superviseurs des cours supérieures à un seul endroit pour qu’ils puissent ainsi entendre les mêmes arguments et être mieux en mesure de rendre des ordonnances sans « différence importante ». Les juges superviseurs devaient juger les requêtes sur dossier.

[11] Chacune des provinces a contesté la proposition des conseillers juridiques au motif que les juges des cours supérieures n’étaient pas compétents pour tenir une audience à l’extérieur de leur province de rattachement. Des requêtes distinctes visant à obtenir des directives ont été présentées dans chaque province afin que cette objection soit

other than their respective home province with their judicial counterparts to hear a motion concerning the settlement agreement.

### III. Judicial History

[12] All three motions judges concluded that this was permissible. The decision of the Quebec motions judge, which was not appealed, is not at issue here. Even though I appreciate that, at the time, the Quebec *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25, included a provision comparable to s. 12 of the Acts at art. 1045, I make no comment concerning the law of Quebec in relation to the issues raised on appeal.

#### A. *Ontario*

[13] Winkler C.J.O., sitting as a judge of the Superior Court of Justice, concluded that a superior court judge in Ontario could preside over a hearing outside Ontario where the court had personal and subject-matter jurisdiction over the parties and the issues: 2013 ONSC 3053, 363 D.L.R. (4th) 352. He was of the view that there were no constitutional or statutory prohibitions preventing this. He found that the court's inherent jurisdiction to control its own process empowered the court to exercise its discretion to hold a hearing outside Ontario having regard to whether sitting outside the province promoted the interests of justice. Winkler C.J.O. concluded that such a discretion should be exercised in this case.

[14] In the Ontario Court of Appeal, the majority of the court concluded that the basis for the power to conduct a hearing outside the province was the superior court's inherent jurisdiction: 2015 ONCA 158, 125 O.R. (3d) 168, per LaForme J.A., Lauwers J.A. concurring on this point. However,

tranchée. Les requêtes soulevaient la question de savoir si les juges des cours supérieures pouvaient siéger avec leurs homologues dans une province autre que leur province respective de rattachement pour instruire une requête portant sur la convention de règlement.

### III. Juridictions inférieures

[12] Les trois juges saisis des requêtes ont répondu par l'affirmative à cette question. La décision du juge québécois des requêtes, qui n'a pas été portée en appel, n'est pas en litige en l'espèce. Bien que je sois conscient que, à l'époque, on trouvait à l'art. 1045 du *Code de procédure civile* du Québec, RLRQ, c. C-25, une disposition comparable aux art. 12 des Lois, je ne formule aucun commentaire quant au droit québécois relatif aux questions qui ont été soulevées en appel.

#### A. *Ontario*

[13] Le juge Winkler, juge en chef de l'Ontario, qui siégeait comme juge de la Cour supérieure de justice, a conclu qu'un juge d'une cour supérieure de l'Ontario peut présider une audience à l'extérieur de cette province lorsque la cour a compétence *ratione materiae* et *ratione personae* sur les parties et sur les questions en litige : 2013 ONSC 3053, 363 D.L.R. (4th) 352. Selon lui, rien dans la loi ni dans la Constitution ne l'interdit. À son avis, c'est grâce à la compétence inhérente qu'a la cour de contrôler sa propre procédure qu'elle peut exercer son pouvoir discrétionnaire de tenir une audience à l'extérieur de l'Ontario en se demandant si elle estime que le fait de siéger à l'extérieur de la province favorise les intérêts de la justice. Le juge en chef Winkler a conclu qu'il y avait lieu d'exercer ce pouvoir discrétionnaire en l'espèce.

[14] En Cour d'appel de l'Ontario, les juges majoritaires ont conclu que le pouvoir d'une cour supérieure de tenir une audience à l'extérieur de la province est fondé sur sa compétence inhérente : 2015 ONCA 158, 125 O.R. (3d) 168, le juge LaForme, avec l'appui du juge Lauwers sur ce point.

a differently constituted majority also concluded that a video link was required between the out-of-province courtroom and an Ontario courtroom: Juriansz J.A., Lauwers J.A. concurring on this point.

#### B. *British Columbia*

[15] Bauman C.J.S.C. (as he then was) adopted the reasons of Winkler C.J.O., with additional comments on the law in British Columbia, and confirmed his authority under the court's inherent jurisdiction to sit in this matter outside British Columbia without the requirement of a video link: 2013 BCSC 1074. The British Columbia Court of Appeal, however, disagreed on both points: 2014 BCCA 61, 59 B.C.L.R. (5th) 113.

[16] The Court of Appeal found that the common law prohibited superior court judges from sitting outside British Columbia and that any change to that ancient rule should be made by the legislature rather than by the courts. However, the court was of the view that it was permissible for a judge, who was not physically present in the province, to conduct a hearing taking place in a British Columbia courtroom by telephone, video conference or other communication medium. The court concluded that such a hearing — which would involve the judge exercising his or her jurisdiction or authority in a hearing in British Columbia — would not offend the common law prohibition against judges conducting hearings outside British Columbia.

#### IV. Analysis

[17] As I noted at the outset, it is common ground that the superior court judges have personal and subject-matter jurisdiction over the parties and issues in these proceedings and that they have a discretionary power to sit together outside their home

Toutefois, le juge Juriansz, avec l'appui du juge Lauwers, a conclu en outre que, dans de telles circonstances, il est nécessaire d'établir un lien vidéo entre la salle d'audience située à l'extérieur de la province et une salle d'audience située en Ontario.

#### B. *Colombie-Britannique*

[15] Le juge en chef Bauman (plus tard juge en chef de la Colombie-Britannique) a fait siens les motifs du juge en chef Winkler de l'Ontario. Il a ajouté cependant certaines observations sur les règles de droit applicables en Colombie-Britannique et confirmé qu'il avait le pouvoir, en vertu de la compétence inhérente de la cour, de siéger dans cette affaire à l'extérieur de la Colombie-Britannique sans qu'il soit nécessaire d'assurer un lien vidéo : 2013 BCSC 1074. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est toutefois dite en désaccord avec lui sur ces deux points : 2014 BCCA 61, 59 B.C.L.R. (5th) 113.

[16] La Cour d'appel a conclu que la common law interdit aux juges des cours supérieures de siéger à l'extérieur de la Colombie-Britannique et qu'il appartient au législateur, et non aux tribunaux, de modifier ce principe séculaire. Elle s'est toutefois dite d'avis qu'un juge qui n'est pas physiquement présent dans la province peut présider une audience se déroulant dans une salle d'audience de la Colombie-Britannique par téléphone, par vidéoconférence ou par tout autre moyen de communication. La Cour d'appel a jugé qu'une telle audience — qui supposerait que le juge exerce sa compétence ou ses pouvoirs dans le cadre d'une audience se déroulant en Colombie-Britannique — ne porterait pas atteinte au principe de common law interdisant aux juges de tenir des audiences à l'extérieur de la Colombie-Britannique.

#### IV. Analyse

[17] Comme je l'ai signalé d'entrée de jeu, il est acquis aux débats que les juges des cours supérieures ont compétence *ratione materiae* et *ratione personae* sur les parties et sur les questions en litige dans les instances en cause en l'espèce et qu'ils ont

provinces to hear a motion without oral evidence in the context of a pan-Canadian settlement agreement. However, there is no agreement concerning the inter-related questions of what is the source of this power and the conditions under which it may be exercised; those two issues are the focus of these appeals.

A. *First Issue: The Source of the Court's Power to Sit Outside Its Home Jurisdiction*

(1) Introduction

[18] The first issue relates to the source of the court's discretionary power to sit outside its home jurisdiction and, more specifically, whether it is a statutory power or one that derives from the inherent jurisdiction of the superior courts. This issue gives rise to a number of questions which I address in turn.

[19] I will turn first to the question of whether courts ought to look first to their statutory powers before considering their inherent jurisdiction. I conclude that they should.

[20] Next, I will consider whether s. 12 of the Acts in Ontario and British Columbia confer on the superior courts in those provinces the power to hold the sorts of hearings in issue here outside the territorial limits of the province. Given the broad and general language of these provisions, the answer depends on whether there are any constitutional, statutory or common law limitations which would have to be understood as restricting the scope of that broad and general language. I conclude that there are none and that the provisions grant the authority to conduct the hearings in issue.

le pouvoir discrétionnaire de siéger ensemble à l'extérieur de leur province de rattachement respective pour instruire sans preuve orale une requête dans un dossier portant sur une convention de règlement pancanadienne. Les parties ne s'entendent toutefois pas sur les questions connexes qui sont au cœur des présents pourvois, à savoir la source de ce pouvoir, d'une part, et les éventuelles modalités d'exercice de ce pouvoir, d'autre part.

A. *Première question : Quelle est la source du pouvoir des tribunaux de siéger à l'extérieur de leur province de rattachement?*

(1) Introduction

[18] La première question est celle relative à la source du pouvoir discrétionnaire d'une cour de siéger à l'extérieur de sa province de rattachement et, plus précisément, celle de savoir s'il s'agit d'un pouvoir d'origine législative ou d'un pouvoir découlant de la compétence inhérente des cours supérieures. Cette question en soulève plusieurs autres, que je vais aborder à tour de rôle.

[19] En premier lieu, je vais examiner la question de savoir si les tribunaux devraient s'enquérir des pouvoirs que la loi leur confère avant d'examiner leur compétence inhérente. Je réponds par l'affirmative à cette question.

[20] Je vais ensuite examiner la question de savoir si les art. 12 des Lois de l'Ontario et de la Colombie-Britannique confèrent aux cours supérieures de ces provinces le pouvoir de tenir le genre d'audiences qui nous intéresse en l'espèce, soit des audiences hors des limites territoriales de leur province. Compte tenu du libellé large et général de ces dispositions, la réponse dépend de l'existence ou non de limites fixées par la Constitution, par une loi ou par la common law qui devraient être interprétées comme en restreignant la portée. Je conclus qu'il n'existe pas de telles limites et que les dispositions en question autorisent la tenue de ces audiences.

[21] Finally, I will explain why, in my view, these provisions should be understood as both confirming and reflecting the inherent jurisdiction of the superior courts to govern their own processes. Thus, in common law jurisdictions where comparable provisions do not exist, the analysis of the courts' inherent jurisdiction would lead to the same result, subject to any limitations on inherent jurisdiction there applicable.

- (2) Should the Courts Look First to Their Statutory Powers Before Turning to Consider Inherent Jurisdiction?

[22] The answer to this question is yes.

[23] The inherent powers of superior courts are central to the role of those courts, which form the backbone of our judicial system. Inherent jurisdiction derives from the very nature of the court as a superior court of law and may be defined as a “reserve or fund of powers” or a “residual source of powers”, which a superior court “may draw upon as necessary whenever it is just or equitable to do so, and in particular to ensure the observance of the due process of law, to prevent improper vexation or oppression, to do justice between the parties and to secure a fair trial between them”: I. H. Jacob, “The Inherent Jurisdiction of the Court” (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, at p. 51, cited with approval in, e.g., *Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at para. 20; *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78, at para. 24; and *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at paras. 29-31.

[24] The courts have recognized that, given the broad and loosely defined nature of these powers, they should be “exercised sparingly and with caution”: *Caron*, at para. 30. It follows that courts should first determine the scope of express grants of statutory powers before dipping into this important but murky pool of residual authority that forms their inherent jurisdiction: see, e.g., *Century*

[21] Enfin, je vais expliquer pourquoi, à mon avis, ces dispositions devraient être interprétées à la fois comme confirmant et reflétant le pouvoir inhérent des cours supérieures de gérer leur propre procédure. Ainsi, dans les provinces de common law où il n'existe pas de dispositions comparables, l'analyse de la compétence inhérente des cours supérieures conduirait à la même conclusion, sous réserve de toute restriction à cette compétence qui y serait applicable.

- (2) Les tribunaux devraient-ils s'enquérir des pouvoirs que la loi leur confère avant d'examiner leur compétence inhérente?

[22] La réponse à cette question est affirmative.

[23] La compétence inhérente des cours supérieures est cruciale au regard du rôle qui leur est confié, à elles qui constituent la pierre angulaire de notre système judiciaire. Cette compétence procède de la nature même de ces tribunaux en tant que cours supérieures de justice. On peut la définir comme une [TRADUCTION] « réserve ou [un] fonds de pouvoirs » ou une « source résiduelle de pouvoirs » à laquelle une cour supérieure « peut puiser au besoin lorsqu'il est juste ou équitable de le faire et, en particulier, pour veiller à l'application régulière de la loi, empêcher les abus, garantir un procès équitable aux parties et rendre justice » : I. H. Jacob, « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, p. 51, cité et approuvé, p. ex., dans les arrêts *Ontario c. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 20; *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78, par. 24; et *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, par. 29-31.

[24] Les tribunaux ont reconnu que, compte tenu de son caractère général et de sa définition formulée en termes vagues, cette compétence doit être « exercée avec circonspection » : *Caron*, par. 30. Les tribunaux devraient donc tout d'abord déterminer la portée des pouvoirs que la loi leur confère explicitement avant de s'aventurer dans cette zone — importante, mais nébuleuse — de pouvoirs résiduels que constitue leur

*Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, at paras. 63-68. As The Honourable Georgina Jackson and Janis Sarra write, “[i]t is only where broad statutory authority is unavailable that inherent jurisdiction needs to be considered as a possible judicial tool to utilize in the circumstances”: “Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007* (2008), 41, at p. 73.

(3) Are There Statutory Authorities in Ontario and British Columbia That Allow the Superior Court Judges to Sit Outside Their Provinces?

[25] The parties canvassed various potential sources of statutory power. In Ontario, we were referred to s. 12 of the *Class Proceedings Act, 1992* and rule 1.08 of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194. In British Columbia, we were referred to s. 12 of the *Class Proceedings Act* and rule 23-5(4) of the *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009. As in my view s. 12 of the respective Acts provides a statutory basis for holding these hearings, it is not necessary to consider the rules of court.

[26] It will be convenient to consider the very similar provisions of s. 12 of the two Acts together.

[27] Section 12 of the *Class Proceedings Act, 1992* in Ontario provides:

**12.** The court, on the motion of a party or class member, may make any order it considers appropriate respecting the conduct of a class proceeding to ensure its fair and expeditious determination and, for the purpose, may impose such terms on the parties as it considers appropriate.

compétence inhérente : voir, p. ex., *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 63-68. Ainsi que la juge Georgina Jackson et M<sup>me</sup> Janis Sarra l’écrivent, [TRANSDUCTION] « [c]e n’est que lorsqu’on ne peut invoquer des pouvoirs généraux conférés par la loi qu’il est nécessaire d’envisager la possibilité d’invoquer la compétence inhérente comme mécanisme judiciaire pouvant servir dans un cas déterminé » : « Selecting the Judicial Tool to get the Job Done : An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2007* (2008), 41, p. 73.

(3) Existe-t-il, en Ontario et en Colombie-Britannique, des dispositions législatives permettant aux juges des cours supérieures de siéger hors de leur province?

[25] Les parties ont analysé diverses sources potentielles de pouvoirs d’origine législative. Pour ce qui est de l’Ontario, l’art. 12 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* et l’art. 1.08 des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, ont été portés à notre attention. S’agissant de la Colombie-Britannique, on nous a renvoyés à l’art. 12 de la *Class Proceedings Act* et au par. 23-5(4) des *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009. Comme, à mon avis, les art. 12 des Lois offrent un cadre juridique qui permet la tenue de telles audiences, il n’est pas nécessaire d’examiner les règles de procédure.

[26] Il convient d’examiner en même temps les dispositions très semblables des art. 12 des deux Lois.

[27] L’article 12 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* de l’Ontario dispose :

**12.** Le tribunal saisi d’une motion d’une partie ou d’un membre du groupe peut, afin de parvenir à un règlement juste et expéditif du recours collectif, rendre une ordonnance qu’il estime appropriée concernant le déroulement de celui-ci et imposer aux parties des conditions qu’il estime appropriées.

[28] Section 12 of the *Class Proceedings Act* in British Columbia reads:

12. The court may at any time make any order it considers appropriate respecting the conduct of a class proceeding to ensure its fair and expeditious determination and, for that purpose, may impose on one or more of the parties the terms it considers appropriate.

[29] The grammatical and ordinary sense of these provisions leaves little doubt that the legislatures intended judges in class proceedings to have, and to exercise, broad, discretionary powers to manage the proceedings to ensure their “fair and expeditious determination”.

[30] The object and scheme of the Acts also support this broad interpretation of s. 12 of the Acts. As this Court observed in *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534, class proceedings are intended to improve access to justice through the efficient and judicially economical disposition of litigation: paras. 27-28. A broad interpretation of s. 12 of the Acts furthers this object of class action legislation: *ibid.* A broad interpretation of these provisions is also faithful to this Court’s interpretation of the Ontario legislation in *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158, where it found that the Ontario *Class Proceedings Act, 1992* “should be construed generously”: para. 14. As this Court noted in that same case, “it is essential therefore that courts not take an overly restrictive approach to the legislation, but rather interpret the Act in a way that gives full effect to the benefits foreseen by the drafters”: para. 15.

[31] The legislative histories of the provisions also support the view that the provincial legislatures intended a broad role for both versions of s. 12 of the Acts.

[28] L’article 12 de la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique est ainsi libellé :

[TRADUCTION]

12. Le tribunal peut en tout temps rendre une ordonnance qu’il estime appropriée concernant le déroulement du recours collectif afin de parvenir à une décision juste et expéditive et, à cette fin, imposer à une ou plusieurs des parties les conditions qu’il estime appropriées.

[29] Le sens ordinaire et grammatical des articles en question laisse peu de doutes quant à la volonté du législateur de chacune des deux provinces de conférer au juge chargé d’instruire un recours collectif de vastes pouvoirs discrétionnaires en matière de gestion de l’instance pour assurer un « règlement juste et expéditif » du litige.

[30] L’objet et l’économie des Lois confirment par ailleurs cette interprétation large de leur art. 12. Comme la Cour l’a fait observer dans l’arrêt *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534, le recours collectif vise à accroître l’accès à la justice en permettant aux tribunaux de trancher les litiges de façon efficace et économique : par. 27-28. Une interprétation large des art. 12 des Lois favorise l’atteinte de cet objectif : *ibid.* Elle est en outre fidèle à l’interprétation que la Cour a donnée de la loi ontarienne dans l’arrêt *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158. En effet, la Cour y a jugé « qu’il convient [d]’interpréter libéralement » la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* de l’Ontario : para. 14. Ainsi qu’il a été noté dans la même décision, « [i] est donc essentiel [. . .] que les tribunaux n’interprètent pas la loi de manière trop restrictive, mais qu’ils adoptent une interprétation qui donne pleinement effet aux avantages escomptés par les rédacteurs » : para. 15.

[31] L’historique législatif des dispositions en question confirme également que le législateur de chacune des deux provinces souhaitait conférer une vaste portée aux art. 12 des Lois.

[32] First, legislative debates of both the Ontario and British Columbia legislatures demonstrate the access to justice purpose of the Acts.<sup>1</sup> A broad interpretation of s. 12 furthers the access to justice objective of the Acts. Broad powers to manage class actions give judges the ability to take measures to ensure the fair and expeditious determination of issues arising in class proceedings, which furthers access to justice.

[33] Second, the legislative histories of these provisions also show that the legislatures in Ontario and British Columbia intended s. 12 of the Acts to be interpreted broadly.

[34] In Ontario, the Ontario Law Reform Commission's *Report on Class Actions* (1982) was instrumental in the subsequent adoption of class action legislation in the province.<sup>2</sup> In its report, the Commission was of the view that "court[s] should have a broad general power in order to enable [them] to respond to the many management problems that are likely to arise at the various stages of a class action": pp. 449-50. The Commission further observed that "[o]nly if judges are empowered expressly to assume an active role can this type of complex litigation be handled efficiently": p. 450. The Commission recommended language substantially similar to that which was eventually adopted in s. 12 of the Ontario *Class Proceedings Act, 1992*: *ibid.* Similarly, the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform also commented that s. 12 "describes

[32] Tout d'abord, les débats dans les assemblées législatives de l'Ontario et de la Colombie-Britannique démontrent que les Lois visaient à faciliter l'accès à la justice<sup>1</sup>. Une interprétation large des art. 12 favorise cet objectif. Lorsque les juges disposent de vastes pouvoirs en matière de gestion des recours collectifs, ils peuvent prendre les mesures nécessaires pour trancher avec célérité et équité les questions soulevées dans le cadre des recours collectifs, ce qui favorise l'accès à la justice.

[33] L'historique législatif des dispositions en cause illustre ensuite que les assemblées législatives de l'Ontario et de la Colombie-Britannique souhaitaient que les art. 12 des Lois soient interprétés libéralement.

[34] En Ontario, le *Report on Class Actions* (1982) de la Commission de réforme du droit de l'Ontario a largement contribué à l'adoption subséquente de la loi sur les recours collectifs dans cette province<sup>2</sup>. Or, dans son rapport, la Commission a soutenu que [TRADUCTION] « les tribunaux devaient disposer de vastes pouvoirs généraux pour être en mesure de réagir aux nombreux problèmes de gestion qui sont susceptibles de surgir aux diverses étapes d'un recours collectif » : p. 449-450. La Commission avait également fait observer que « [c]e n'est que si les juges sont habilités expressément à jouer un rôle actif que ce type de procès complexes peut être géré de façon efficace » : p. 450. La Commission avait recommandé l'adoption d'un libellé à peu près semblable à celui qui a finalement été retenu pour l'art. 12 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* de l'Ontario : *ibid.* De

<sup>1</sup> See, e.g., in Ontario, *Official Report of Debates (Hansard)*, 1st Sess., 35th Parl., November 18, 1991 (online), at 16:40, Mr. Winninger (the bill is an important contribution to access to justice), and at 16:50, Mr. Harnick (the bill provides access to justice); in British Columbia, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, No. 20, 4th Sess., 35th Parl., June 6, 1995, at p. 15072, L. Stephens (the bill allows individuals to join together to seek justice and compensation), at p. 15075, Hon. P. Priddy (the bill increases access to justice for all British Columbians), and at p. 15076, B. Jones (the bill is about access to justice).

<sup>2</sup> Ontario, *Official Report of Debates (Hansard)*, 2nd Sess., 34th Parl., June 12, 1990 (online), at 13:50, Hon. Mr. Scott observed that class action legislation builds on the work of the Ontario Law Reform Commission.

<sup>1</sup> Voir, p. ex., en Ontario, le *Journal des débats (Hansard)*, 1<sup>re</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 18 novembre 1991 (en ligne), 16 h 40, M. Winninger (le projet de loi constitue une contribution importante pour l'accès à la justice), et 16 h 50, M. Harnick (le projet de loi facilite l'accès à la justice); en Colombie-Britannique, l'*Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, n<sup>o</sup> 20, 4<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 6 juin 1995, p. 15072, L. Stephens (le projet de loi permet à des personnes physiques de se regrouper pour obtenir justice et se faire indemniser), p. 15075, l'hon. P. Priddy (le projet de loi accroît l'accès à la justice pour l'ensemble de la population de la Colombie-Britannique), et p. 15076, B. Jones (le projet de loi porte sur l'accès à la justice).

<sup>2</sup> Ontario, *Journal des débats (Hansard)*, 2<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 12 juin 1990 (en ligne), 13 h 50, l'hon. M. Scott a noté que la loi sur les recours collectifs s'inspirait des travaux de la Commission de la réforme du droit de l'Ontario.

the general power of the Court to control its own process and to develop procedures as needed from case to case”: *Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform* (1990), at p. 37.

[35] In British Columbia, the Ministry of the Attorney General drafted a consultation document referred to in legislative debates.<sup>3</sup> In that document, in relation to a provision similar to s. 12, the Ministry observed that “[c]ourts take a much more active role in managing the conduct of class actions than they do in ordinary actions” and observed that the Ontario statute also includes a “broad general management provision”: *Consultation Document: Class Action Legislation for British Columbia* (1994), at p. 5.

[36] Section 12 was also briefly discussed in legislative debates in British Columbia before the passing of the bill, when a concern was raised about the provision’s open-ended language.<sup>4</sup> In response to this concern, it was explained that giving “this authority to the court [in s. 12] is the best way to ensure that the protection is afforded to people who aren’t there or represented directly in the action”.<sup>5</sup>

[37] The Uniform Law Conference of Canada (“ULCC”) *Uniform Class Proceedings Act* (1996 proceedings) (online), which provides model legislation recommended for adoption across Canadian jurisdictions, is also instructive. The ULCC legislation

même, le Comité consultatif du procureur général sur la réforme des recours collectifs en Ontario avait signalé que l’art. 12 [TRADUCTION] « définit le pouvoir général du tribunal de contrôler sa propre procédure et d’établir au besoin ses propres règles selon les nécessités du dossier » : *Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform* (1990), p. 37.

[35] En Colombie-Britannique, le ministère du procureur général a rédigé un document de consultation dont il a été question lors des débats précédant l’adoption de la loi<sup>3</sup>. Dans ce document, s’agissant d’une disposition semblable à l’art. 12, le ministère du procureur général a noté que [TRADUCTION] « [l]es tribunaux jouent un rôle beaucoup plus actif dans la gestion du déroulement des recours collectifs qu’ils ne le font habituellement dans les instances ordinaires », et il a ajouté que la loi ontarienne contenait également une « large disposition de gestion générale » : *Consultation Document : Class Action Legislation for British Columbia* (1994), p. 5.

[36] Il a également été brièvement question de l’art. 12 dans le cadre de débats en Colombie-Britannique avant l’adoption du projet de loi, lorsque des réserves ont été exprimées au sujet du libellé non limitatif utilisé dans cette disposition<sup>4</sup>. Pour répondre à cette préoccupation, on a expliqué que le fait de conférer [TRADUCTION] « de tels pouvoirs au tribunal [à l’art. 12] est le meilleur moyen de garantir que l’on protège les personnes qui ne sont pas présentes ou qui ne sont pas représentées directement dans le recours »<sup>5</sup>.

[37] La *Loi uniforme sur les recours collectifs* (compte rendu de 1996) de la Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada (« CHLC ») (en ligne) — qui proposait une loi modèle dont elle recommandait l’adoption par l’ensemble des provinces

<sup>3</sup> British Columbia, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, June 6, 1995, at p. 15070, J. Dalton.

<sup>4</sup> British Columbia, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, No. 23, 4th Sess., 35th Parl., June 8, 1995, at p. 15231, J. Dalton.

<sup>5</sup> British Columbia, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, June 8, 1995, at p. 15232, Hon. C. Gabelmann.

<sup>3</sup> Colombie-Britannique, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, 6 juin 1995, p. 15070, J. Dalton.

<sup>4</sup> Colombie-Britannique, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, n° 23, 4<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 8 juin 1995, p. 15231, J. Dalton.

<sup>5</sup> Colombie-Britannique, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, 8 juin 1995, p. 15232, l’hon. C. Gabelmann.

contained language very similar to that in s. 12 of the Ontario *Class Proceedings Act, 1992* and identical to that in s. 12 of the British Columbia *Class Proceedings Act*. The commentary on this provision observed that “[s]ection 12 grants the court broad discretion in making orders”: p. 8-7. Further, it states that “[t]his broad discretion is thought necessary as the court must protect not only the interests of the representative plaintiff and the defendant but also the interests of absent class members”: *ibid.*

[38] A broad interpretation of s. 12 is also consistent with the approach taken by other courts to the interpretation and application of class action legislation. For example, in *Amyotrophic Lateral Sclerosis Society of Essex County v. Windsor (City)*, 2015 ONCA 572, 337 O.A.C. 315, Strathy C.J.O. observed that while s. 12 is procedural and does not allow a judge to override other provisions of the *Class Proceedings Act, 1992*, the provision nonetheless entitles case management judges in class actions “to seek and impose creative solutions to the efficient determination of the issues”: para. 70. In *Fantl v. Transamerica Life Canada*, 2009 ONCA 377, 95 O.R. (3d) 767, Winkler C.J.O. specifically observed that s. 12 of the *Class Proceedings Act, 1992* provides the court with a “broad, discretionary jurisdiction”: para. 42. Similarly, in *Ontario New Home Warranty Program v. Chevron Chemical Co.* (1999), 46 O.R. (3d) 130 (S.C.J.), Winkler J. (as he then was) noted that, in including s. 12 in the *Class Proceedings Act, 1992*, “the legislature has given the court a flexible tool for adapting procedures on a case specific basis”: para. 41.

[39] In conclusion, the legislatures intended courts in Ontario and British Columbia to have wide powers to make orders respecting the conduct of class

et territoires canadiens — est également instructive. On y trouve un libellé très semblable à celui de l’art. 12 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* de l’Ontario et identique à celui de l’art. 12 de la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique. Les commentaires qui accompagnent cette disposition signalent que « [l]’article 12 accorde au tribunal un pouvoir discrétionnaire étendu de rendre des ordonnances » : p. 8-34. Ils précisent de plus que « [c]e pouvoir discrétionnaire étendu est jugé nécessaire étant donné que le tribunal doit protéger non seulement les intérêts du représentant des demandeurs et du défendeur, mais également les intérêts des membres absents du groupe » : *ibid.*

[38] Une interprétation large des art. 12 s’accorde en outre avec la démarche retenue par d’autres tribunaux pour interpréter et appliquer des lois relatives aux recours collectifs. Par exemple, dans l’arrêt *Amyotrophic Lateral Sclerosis Society of Essex County c. Windsor (City)*, 2015 ONCA 572, 337 O.A.C. 315, le juge en chef Strathy a souligné que, bien qu’il s’agisse d’une disposition, d’une part, procédurale, et d’autre part, qui ne permet pas aux juges chargés de la gestion de l’instance d’ignorer les autres dispositions de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, l’art. 12 leur permet néanmoins, dans le cadre de recours collectifs, [TRADUCTION] « de rechercher et d’imposer des solutions novatrices pour trancher efficacement les questions en litige » : par. 70. Dans l’arrêt *Fantl c. Transamerica Life Canada*, 2009 ONCA 377, 95 O.R. (3d) 767, le juge en chef Winkler a expressément fait observer que l’art. 12 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* conférait aux tribunaux un [TRADUCTION] « vaste pouvoir discrétionnaire » : par. 42. De même, dans l’arrêt *Ontario New Home Warranty Program c. Chevron Chemical Co.* (1999), 46 O.R. (3d) 130 (C.S.J.), le juge Winkler (plus tard juge en chef de l’Ontario) a fait observer qu’en insérant l’art. 12 dans la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, [TRADUCTION] « le législateur a doté le tribunal d’un outil souple qui lui permet d’adapter la procédure en fonction de la cause dont il est saisi » : par. 41.

[39] En conclusion, les législateurs entendaient conférer aux tribunaux de l’Ontario et de la Colombie-Britannique de vastes pouvoirs leur permettant de

proceedings. Thus, the appropriate starting point for the analysis in these appeals is s. 12 of the Acts, rather than the superior court's inherent power over procedure. The broad powers appear on their face to authorize the sort of extraterritorial hearing which class counsel sought in these cases.

[40] While the legislation must be interpreted purposively and remedially, its broad and general language invites consideration of whether there are any clear common law, statutory or constitutional barriers to the court sitting outside its territorial boundaries. If there were, then the broad language of the provisions would have to be read as subject to those limitations.

(4) Are There Common Law, Constitutional or Statutory Rules That Prevent Judges From Sitting Outside Their Province in These Circumstances?

[41] A key question, therefore, is whether there are any rules or principles of common, constitutional or statutory law that prevent a judge from sitting outside his or her province for the purposes in issue here. In my view, there are none.

[42] I underline that the power claimed for the superior courts in this case is limited. We are concerned here with cases in which the courts have personal and subject-matter jurisdiction. There is no claim that the judges sitting outside their home jurisdiction have any authority to use their coercive powers outside their province. There is no suggestion that holding an out-of-province hearing would be contrary to the law of the jurisdiction in which the hearing would be held. Further, this case involves litigation wholly within Canada.

rendre des ordonnances concernant le déroulement des recours collectifs. Pour analyser les présents pourvois, il convient donc de se pencher d'abord sur l'art. 12 des Lois et non sur la compétence inhérente des cours supérieures en matière de procédure. Or, les vastes pouvoirs que confèrent ces dispositions semblent, à première vue, autoriser le genre d'audience hors province que réclamaient les conseillers juridiques agissant dans le cadre des recours collectifs en cause en l'espèce.

[40] Cela dit, bien que la loi doive être interprétée de façon téléologique et réparatrice, son libellé large et général nous invite à nous demander si l'on trouve dans la common law, dans la Constitution ou dans la loi des obstacles qui empêchent clairement la cour de siéger à l'extérieur des limites territoriales de son ressort. Si oui, il faudrait en conclure que le libellé large de ces dispositions est assujéti à ces restrictions.

(4) Existe-t-il des règles issues de la common law, de la Constitution ou de la loi qui empêchent les juges de siéger à l'extérieur de leur province en l'espèce?

[41] Une des questions essentielles à se poser est, par conséquent, celle de savoir s'il existe des règles ou des principes issus de la common law, de la Constitution ou de la loi qui empêchent un juge de siéger à l'extérieur de sa province de rattachement pour les fins dont il est question en l'espèce. À mon avis, il n'en existe pas.

[42] Je tiens à souligner que le pouvoir revendiqué en l'espèce pour les cours supérieures est limité. Dans les situations en cause ici, les tribunaux ont une compétence *ratione materiae* et *ratione personae*. Par ailleurs, nul ne prétend que les juges qui siègent hors de leur province de rattachement sont autorisés à utiliser leurs pouvoirs de contrainte à l'extérieur de celle-ci. Nul ne prétend non plus que le fait de tenir une audience en dehors de la province de rattachement du tribunal contreviendrait aux lois de la province dans laquelle l'audience aurait lieu. En outre, la présente affaire concerne un litige qui se déroule entièrement en sol canadien.

(a) *Common Law and Constitutional Barriers*

[43] The British Columbia Court of Appeal found that English common law, which, in its view, prohibited judges in England from sitting outside England, was received into British Columbia as of November 1858 and prevented British Columbia judges from sitting outside their province. The court also found that using inherent jurisdiction to support out-of-province hearings would be inconsistent with and contrary to the common law and ancient usage. Further, while the common law was subject to modification, the Court of Appeal concluded that any major revisions of the common law rule prohibiting judges from sitting outside their territorial jurisdiction was better left to the legislature.

[44] The British Columbia appellant, Anita Endean, as representative plaintiff, submits that the Court of Appeal was wrong to find a common law limit on the court's inherent power. Ms. Endean submits that this old English rule was not received into British Columbia law and, in any event, should not be followed.

[45] When one looks at the common law relating to courts sitting outside their jurisdiction, one finds that the jurisprudence is sparse and the precise ambit of any limitation is unclear. However, I accept that there is, as V. Black and S. G. A. Pitel have put it, a “deep-seated sense” in the common law that courts conduct their business within their geographical boundaries: “Out of Bounds: Can a Court Sit Outside Its Home Jurisdiction?” (2013), 41 *Adv. Q.* 503, at p. 503; see also pp. 509-10.

[46] A number of considerations support this “deep-seated sense”, including concerns about the sovereignty of the jurisdiction in which the hearing is held and concerns about the territorial limits of the

a) *Obstacles découlant de la common law ou de la Constitution*

[43] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que la common law anglaise — qui, à son avis, interdit aux juges anglais de siéger à l'extérieur de l'Angleterre — a été admise en Colombie-Britannique en novembre 1858 et qu'elle empêche les juges de la Colombie-Britannique de siéger à l'extérieur de leur province. La Cour d'appel a également jugé qu'il serait contraire à la common law et à un usage séculaire d'utiliser la compétence inhérente des cours supérieures pour soutenir leur droit de tenir des audiences hors province. Enfin, tout en reconnaissant que la common law pouvait être modifiée, la Cour d'appel a conclu qu'il était préférable de laisser au législateur le soin de réviser les règles de common law interdisant aux juges de siéger à l'extérieur de leur ressort.

[44] Selon Anita Endean, appelante de la Colombie-Britannique agissant en sa qualité de représentante des demandeurs, la Cour d'appel a eu tort de conclure que la common law restreint la compétence inhérente de la cour. M<sup>me</sup> Endean affirme que cette ancienne règle anglaise n'a pas été admise dans le droit applicable en Colombie-Britannique et que, en tout état de cause, elle ne devrait pas être suivie.

[45] Lorsqu'on examine les règles de common law relatives aux cours dont les juges siègent à l'extérieur de leur ressort, on constate que la jurisprudence sur le sujet est peu abondante et que la portée précise des restrictions qui peuvent exister est incertaine. J'admets cependant, pour reprendre la formule de V. Black et de S. G. A. Pitel qu'il existe, en common law, une [TRADUCTION] « notion bien ancrée » selon laquelle les tribunaux doivent exercer leurs activités à l'intérieur des limites géographiques de leur ressort : « Out of Bounds : Can a Court Sit Outside Its Home Jurisdiction? » (2013), 41 *Adv. Q.* 503, p. 503; voir aussi p. 509-510.

[46] Plusieurs facteurs appuient cette « notion bien ancrée ». Il existe notamment certaines préoccupations quant à la protection de la souveraineté de la province ou du territoire où se déroulerait

coercive powers of the judge conducting the hearing. But the type of court hearing in issue in these cases does not give rise to the concerns which support any broader principle against out-of-province sittings. In particular, judges in cases like these will not be called on to exercise any coercive powers, as they would be adjudicating on a paper record. And there is no suggestion that the proposed hearing would be inconsistent with the law of the place in which it would be held. There is thus no threat either to the authority or dignity of the superior court or to the sovereignty of the jurisdiction in which the hearing would be held.

[47] Moreover, it is open to the Court to modify the common law if necessary to make it clear that it does not preclude such hearings.

[48] Permitting these hearings does not give rise to the concerns about sovereignty, dignity of the courts or extraterritorial exercise of coercive powers. It is also a practical alternative that serves the underlying purposes of class proceedings. To take too dogmatic a stand on this point, as Winkler C.J.O. noted, risks leaving the common law unsuited “to modern realities of increasingly complex litigation involving parties and subject matters that transcend provincial borders”: para. 25.

[49] Further, the narrow circumstances of these appeals do not raise a concern that the judiciary is trenching on powers reserved to the legislature. What is proposed here is not the sort of major procedural innovation that arguably ought to be left to the legislature. On the contrary, the legislatures have, through s. 12 of the Acts, encouraged courts to make full use of their power to regulate the process in the interests of making it fair and expeditious. Allowing courts to hold the type of hearing in issue here furthers the legislative intention

l’audience, et d’autres quant à la portée territoriale des pouvoirs de contrainte du juge qui présiderait l’audience. Cela dit, le type d’audiences dont il est question en l’espèce ne justifie pas les craintes évoquées au soutien d’un principe plus large contre les audiences hors province. En effet, plus particulièrement, dans ce type de causes, les juges ne sont pas appelés à exercer leurs pouvoirs de contrainte puisqu’ils jugent l’affaire sur dossier. Nul ne prétend par ailleurs que l’audience proposée serait incompatible avec les lois de la province où elle se tiendrait. Il n’y a donc aucune menace à l’autorité ou à la dignité de la cour supérieure, pas plus qu’à la souveraineté de la province dans laquelle l’audience aurait lieu.

[47] De plus, la Cour peut toujours modifier la common law au besoin pour bien préciser qu’elle n’empêche pas de telles audiences.

[48] Ainsi, le fait de permettre la tenue de telles audiences ne soulève pas de préoccupations quant à la souveraineté ou à la dignité des tribunaux ou quant à l’exercice extraterritorial de pouvoirs de contrainte. C’est par ailleurs une solution pratique qui contribue à réaliser les objectifs sous-jacents des recours collectifs. Comme le juge en chef Winkler l’a noté, en adoptant une position trop dogmatique à ce sujet, on risquerait de faire perdurer une situation où la common law serait mal adaptée [TRADUCTION] « aux réalités modernes où des procès de plus en plus complexes font intervenir des parties et des questions qui transcendent les frontières provinciales » : par. 25.

[49] De plus, les circonstances particulières des présents pourvois ne font pas craindre que l’organe judiciaire empiète sur des pouvoirs réservés au législateur. En effet, la mesure proposée en l’espèce n’a rien à voir avec le type d’innovation procédurale majeure dont on pourrait prétendre qu’il reviendrait au législateur d’adopter. Au contraire, le législateur, grâce aux art. 12 des Lois, a incité les tribunaux à utiliser pleinement leurs pouvoirs de gestion du déroulement de l’instance pour en favoriser l’équité et la célérité. Or, permettre aux

evident in this scheme; far from usurping legislative authority, this approach uses the authority broadly conferred by the legislature to further its objectives.

[50] The Attorney General of Ontario suggests that any interpretation of s. 12 of the *Class Proceedings Act, 1992* must respect the “presumption against extraterritoriality” (R.F., at para. 53), an interpretative presumption that “[t]he legislature is presumed to intend the territorial limits of its jurisdiction to coincide with that of the statute’s operation” and “[u]nless implicitly or explicitly provided otherwise, the legislature is presumed to enact for persons, property, juridical acts and events within the territorial boundaries of its jurisdiction”: P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 212. The Attorney General notes that such a concern would arise if s. 12 were interpreted to allow an order to have a true extraterritorial effect, such as a coercive order taking effect outside Ontario or British Columbia.

[51] I do not rely on s. 12 of the Acts as providing for the exercise of coercive powers outside the court’s home province. Interpreting s. 12 as allowing the type of hearing at issue in these cases therefore does not engage the presumption against extraterritoriality since this application of the provisions does not give rise to any impermissible extraterritorial effect.

[52] Finally, in my opinion, no constitutional impediment has been identified to the limited authority of a superior court to sit outside its jurisdiction that we are addressing in this case.

tribunaux de tenir le genre d’audiences dont il est question en l’espèce sert l’intention du législateur qui ressort à l’évidence de l’économie des lois en question; loin d’usurper des pouvoirs législatifs, cette démarche puise plutôt à même les vastes pouvoirs conférés par le législateur pour favoriser l’atteinte de ses objectifs.

[50] Suivant le procureur général de l’Ontario, toute interprétation de l’art. 12 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* doit respecter le [TRADUCTION] « principe de la territorialité des lois » (m.i., par. 53), selon lequel on « prête[ra] en principe au législateur la volonté de faire coïncider les limites spatiales de l’effet de ses lois avec les frontières du territoire soumis à sa compétence » et, « [e]n l’absence de disposition contraire, expresse ou implicite, on présumera que l’auteur d’un texte législatif entend qu’il s’applique aux personnes, aux biens, aux actes ou aux faits qui se situent à l’intérieur des limites du territoire soumis à sa compétence » : P.-A. Côté, en collaboration avec S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4<sup>e</sup> éd. 2009), p. 230. Le procureur général fait observer que cette question se poserait si l’on interprétait les art. 12 de manière à donner à une ordonnance judiciaire une véritable portée extraterritoriale, en permettant par exemple à une ordonnance coercitive de s’appliquer à l’extérieur de l’Ontario ou de la Colombie-Britannique.

[51] Or, une interprétation de ces dispositions qui permettrait de tenir le genre d’audiences dont il est question en l’espèce ne fait pas intervenir le principe de la territorialité des lois, puisque l’application des dispositions en cause n’a aucune portée extraterritoriale interdite.

[52] J’estime enfin qu’on n’a signalé aucun empêchement d’ordre constitutionnel au pouvoir limité dont il est question ici d’une cour supérieure de siéger à l’extérieur de son ressort.

(b) *Statutory Barriers*

[53] There are also no statutory barriers in these circumstances to the broad interpretation of s. 12 of the Acts described in these reasons.

[54] Section 11(2) of the Ontario *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, reads:

(2) The Superior Court of Justice has all the jurisdiction, power and authority historically exercised by courts of common law and equity in England and Ontario.

[55] Section 3(1) of the British Columbia *Supreme Court Act*, R.S.B.C. 1996, c. 443, provides:

**3** (1) The Chief Justice, Associate Chief Justice and judges have all the powers, rights, incidents, privileges and immunities of a judge of a superior court of record, and all other powers, rights, incidents, privileges and immunities that on March 29, 1870, were vested in the Chief Justice and the other justices of the court.

[56] Section 11(2) of the *Courts of Justice Act* should be read as inclusive, not exclusive. It does not explicitly provide that the powers of the court are limited to those of the courts of common law and equity in England and Ontario. In *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262, this Court held that the inherent jurisdiction of superior courts can only be removed by “clear and precise statutory language”: para. 133. The language of s. 11(2) does not meet this threshold and, I would add, does not take away from the breadth of the language in s. 12 of the *Class Proceedings Act, 1992*. Further, the broader language of s. 3(1) of the *Supreme Court Act* clearly provides that the powers of the superior court judges in British Columbia are not limited to those that existed in 1870.

b) *Obstacles découlant de la loi*

[53] Dans les circonstances de la présente espèce, il n’y a par ailleurs aucun obstacle législatif à l’interprétation large des art. 12 des Lois qui est proposée dans les présents motifs.

[54] Le paragraphe 11(2) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l’Ontario, L.R.O. 1990, c. C.43, dispose :

(2) La Cour supérieure de justice a la compétence et les pouvoirs traditionnellement exercés par les tribunaux de common law et d’equity en Angleterre et en Ontario.

[55] Le paragraphe 3(1) de la *Supreme Court Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, c. 443, est ainsi libellé :

[TRADUCTION]

**3** (1) Le juge en chef, le juge en chef adjoint et les juges de la Cour jouissent de tous les pouvoirs, droits, attributs, privilèges et immunités des juges des cours supérieures d’archives, et de tous les pouvoirs, droits, attributs, privilèges et immunités dont, le 29 mars 1870, étaient investis le juge en chef et tous les autres juges de la Cour.

[56] Le paragraphe 11(2) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* doit être interprété de manière inclusive plutôt qu’exclusive. Il ne prévoit pas explicitement que les pouvoirs de la cour se limitent à ceux des cours de common law et d’equity en Angleterre et en Ontario. Dans l’arrêt *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, la Cour a jugé que la compétence inhérente des cours supérieures ne pouvait être abolie que par « un texte législatif clair et précis » : par. 133. Or, le libellé du par. 11(2) ne satisfait pas à ce critère, et j’ajouterais qu’il n’enlève rien à la portée large du texte de l’art. 12 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*. En outre, la formulation plus générale du par. 3(1) de la *Supreme Court Act* prévoit clairement que les pouvoirs des juges des cours supérieures de la Colombie-Britannique ne se limitent pas à ceux qui existaient en 1870.

[57] In addition, the language of s. 15(1) of the *Courts of Justice Act* does not prevent judges in Ontario from sitting outside the province. Section 15(1) provides that the Chief Justice of the Superior Court of Justice “shall assign every judge of the Superior Court of Justice to a region and may re-assign a judge from one region to another”. This provision, of course, does not confine the authority of the judge to his or her assigned region. Like s. 11(2) of the *Courts of Justice Act*, this provision is not sufficiently express to preclude judges from sitting outside the province under s. 12 of the *Class Proceedings Act, 1992*. As the Ontario Court of Appeal concluded, this provision “does not speak to where a superior court judge may conduct a hearing”: para. 135. Furthermore, a judge sitting outside a province to hear a motion in relation to a pan-national settlement agreement would still be assigned to a specific region under s. 15(1).

#### (5) Conclusion

[58] In pan-national class action proceedings over which the superior court has subject-matter and personal jurisdiction, a judge of that court has the discretion to hold a hearing outside his or her territory in conjunction with other judges managing related class actions. This is provided that the judge will not have to resort to the court’s coercive powers in order to convene or conduct the hearing and the hearing is not contrary to the law of the place in which it will be held. This discretion must, of course, be exercised in the interests of the administration of justice. In Ontario and British Columbia, this discretion flows from s. 12 of those provinces’ respective Acts in relation to motions properly falling within that section.

[57] Le libellé du par. 15(1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* n’empêche pas non plus les juges ontariens de siéger à l’extérieur de leur province. En effet, cette disposition prévoit que le juge en chef de la Cour supérieure de justice « affecte chaque juge de la Cour supérieure de justice à une région donnée et peut le réaffecter à une autre région ». Elle ne limite évidemment pas la compétence du juge à la seule région où il a été affecté. Tout comme le par. 11(2) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, cette disposition n’est pas suffisamment explicite pour empêcher les juges de siéger ailleurs qu’en Ontario en application de l’art. 12 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*. Comme la Cour d’appel de l’Ontario l’a conclu, cette disposition [TRADUCTION] « est muette quant au lieu où les juges de la Cour supérieure peuvent présider une audience » : par. 135. De plus, suivant le par. 15(1), le juge qui siège à l’extérieur d’une province et qui statue sur une requête relative à une convention de règlement pan-canadienne serait, même dans ce cas de figure, affecté à une région spécifique.

#### (5) Conclusion

[58] Dans le cadre de recours collectifs pan-canadiens sur lesquels une cour supérieure a compétence *ratione materiae* et *ratione personae*, un juge de cette cour a le pouvoir discrétionnaire de tenir une audience à l’extérieur de sa province de rattachement conjointement avec d’autres juges chargés de gérer des recours collectifs connexes, à condition de ne pas avoir à recourir aux pouvoirs de contrainte de la cour pour convoquer ou mener l’audience et à condition que cette dernière ne soit pas contraire aux lois de la province où elle se déroule. Ce pouvoir discrétionnaire doit, évidemment, être exercé dans l’intérêt de l’administration de la justice. En Ontario et en Colombie-Britannique, il découle des art. 12 des lois respectives sur les recours collectifs pour ce qui est des requêtes visées par ces dispositions.

(6) A Word About Inherent Jurisdiction

[59] Not all Canadian common law jurisdictions have provisions comparable to s. 12 of the Acts. The question of whether these hearings could be held pursuant to the superior courts' inherent jurisdiction was fully argued and I therefore think it useful to comment briefly on the question.

[60] I mentioned earlier that the superior courts' inherent jurisdiction is a residual source of power which a superior court may draw on in order to ensure due process, prevent vexation and to do justice according to law between the parties. One aspect of these inherent powers is the power to regulate the court's process and proceedings: Jacob, at pp. 25 and 32-40. As Master Jacob put it, "it is difficult to set the limits upon the powers of the court in the exercise of its inherent jurisdiction to control and regulate its process, for these limits are coincident with the needs of the court to fulfil its judicial functions in the administration of justice": p. 33. In short, inherent jurisdiction, among other things, empowers a superior court to regulate its proceedings in a way that secures convenience, expeditiousness and efficiency in the administration of justice.

[61] The breadth and generality of s. 12 of the Acts has been understood as being largely reflective of the courts' inherent powers to control its processes in the interests of justice. The Ontario Law Reform Commission in its report observed that "the general management power" provisions it recommended, similar to what is now s. 12, might be seen as "unnecessary" in light of the inherent jurisdiction of the court but that the "inclusion in the proposed *Class Actions Act* of an express general management power would encourage Ontario courts to resort to this power to ensure the proper functioning of class actions": p. 451. In a similar vein, the Alberta Law Reform Institute commented on s. 12 of the ULCC's *Uniform Class*

(6) Quelques observations à propos de la compétence inhérente

[59] On ne trouve pas de dispositions comparables aux art. 12 des Lois dans toutes les provinces et dans tous les territoires canadiens de common law. La question de savoir si les audiences en cause ici pourraient se tenir en vertu de la compétence inhérente des cours supérieures a par ailleurs été débattue à fond. J'estime par conséquent qu'il est utile de formuler quelques brèves observations à ce propos.

[60] J'ai déjà mentionné que la compétence inhérente des cours supérieures est une source résiduelle de pouvoirs à laquelle ces cours peuvent puiser pour veiller à l'application régulière de la loi, empêcher les abus et s'assurer de rendre justice aux parties. Un des aspects de ces pouvoirs inhérents est le pouvoir d'assurer le bon déroulement de l'instance et de contrôler la procédure : Jacob, p. 25 et 32-40. Comme le protonotaire Jacob l'explique, [TRADUCTION] « il est difficile de fixer des limites aux pouvoirs du tribunal en ce qui concerne l'exercice de ses pouvoirs inhérents de contrôler et de régler sa procédure, car les limites en question correspondent aux besoins du tribunal de remplir ses fonctions judiciaires dans le cadre de l'administration de la justice » : p. 33. Bref, la compétence inhérente habilite les cours supérieures notamment à contrôler leur procédure de manière à garantir la commodité, la célérité et l'efficacité de l'administration de la justice.

[61] On considère que la portée et la généralité des art. 12 des Lois reflètent dans une large mesure le pouvoir inhérent de ces tribunaux de contrôler leur procédure dans l'intérêt de la justice. Dans son rapport, la Commission de réforme du droit de l'Ontario a noté que les dispositions relatives au [TRADUCTION] « pouvoir général de gestion » qu'elle recommandait — et qui s'apparentaient à l'art. 12 de la loi ontarienne actuelle — pourraient être jugées « inutiles » compte tenu de la compétence inhérente de la cour, mais que « l'insertion dans la *Loi sur les recours collectifs* projetée d'un pouvoir explicite de gestion générale inciterait les tribunaux ontariens à recourir à ce pouvoir pour assurer le bon

*Proceedings Act*, similarly worded to the provisions in issue here, noting that “[t]he court probably already enjoys the general power” described in that provision: Final Report No. 85, *Class Actions* (2000), at p. 111.

[62] Of course, these inherent powers may be limited. The exercise of inherent jurisdiction is subject to the constraints of the Constitution, as well as to any statutory provisions and common law rules that might limit the court’s ability to exercise that power: see, e.g., *Criminal Lawyers’ Association*, at paras. 22-24; *Caron*, at para. 32; *Halsbury’s Laws of England* (5th ed. 2010), vol. 24, at pp. 328-29. But absent some clear limitation, my view is that the inherent jurisdiction of the superior courts extends to permitting the court to hold the sort of hearing in issue here. As I have explained in my analysis of s. 12 of the Acts, there is no constitutional or common law limitation and no statutory limitation in either Ontario or British Columbia. It follows that unless there is a statutory limitation in the jurisdictions which do not have provisions comparable to s. 12 (a point on which I do not comment), the superior courts there can hold hearings of this nature.

#### B. *Second Issue: Is a Video Link Required?*

[63] In my opinion, and with great respect to the contrary view of the appellate courts, a video link between the out-of-province courtroom where the hearing takes place and a courtroom in the judge’s home province is not a condition for a judge to be able to sit outside his or her home province. Neither is it necessarily required by the open court principle.

déroulement des recours collectifs » : p. 451. Dans le même ordre d’idées, l’Alberta Law Reform Institute a formulé des observations au sujet de l’art. 12 de la *Loi uniforme sur les recours collectifs* de la CHLC — dont le libellé était semblable à celui des dispositions qui nous intéressent en l’espèce — en faisant observer que [TRADUCTION] « [l]e tribunal jouit probablement déjà du pouvoir général » prévu à cet article : Final Report No. 85, *Class Actions* (2000), p. 111.

[62] Ces pouvoirs inhérents peuvent évidemment être limités. En effet, l’exercice de la compétence inhérente est assujéti aux contraintes fixées par la Constitution, ainsi qu’à toute disposition législative ou règle de common law susceptible de restreindre la capacité du tribunal de l’exercer : voir, p. ex., *Criminal Lawyers’ Association*, par. 22-24; *Caron*, par. 32; *Halsbury’s Laws of England* (5<sup>e</sup> éd. 2010), vol. 24, p. 328-329. J’estime toutefois que, à défaut de restriction explicite, les cours supérieures peuvent, en vertu de leur compétence inhérente, tenir le type d’audiences qui nous intéresse en l’espèce. Comme je l’ai expliqué dans mon analyse des art. 12 des Lois, il n’existe aucune restriction à ce pouvoir dans la Constitution ou dans la common law, et on ne trouve non plus aucune limite en ce sens dans les lois de l’Ontario ou de la Colombie-Britannique. Ainsi, à moins qu’il n’existe une restriction législative dans les provinces qui n’ont pas de dispositions comparables à l’art. 12 — un aspect sur lequel je m’abstiens de formuler des observations —, les cours supérieures de ces provinces peuvent tenir ce type d’audiences.

#### B. *Seconde question : Est-il nécessaire d’établir un lien vidéo?*

[63] À mon avis — et en toute déférence pour l’opinion contraire des cours d’appel —, l’existence d’un lien vidéo entre la salle de cour située à l’extérieur de la province où se déroule l’audience et une salle d’audience se trouvant dans la province de rattachement du juge n’est pas requise pour qu’un juge puisse siéger à l’extérieur de cette dernière. Le principe de la publicité des débats n’exige pas non plus nécessairement que cette condition soit respectée.

[64] First, neither the Acts nor the inherent jurisdiction of the court imposes this requirement in order for judges to sit outside their home province. While a superior court judge will likely find it preferable to use a video link in most situations, the court has the jurisdiction to sit outside its province separate and apart from the technological means it decides to use.

[65] Next, it is submitted that the open court principle is violated when a superior court judge exercises his or her discretion to sit outside his or her province without a video link to the home jurisdiction. I reject this submission. If holding the hearing in the home jurisdiction without a video broadcast does not violate the open court principle, the fact that the hearing is being held in a publicly accessible location outside the province does not necessarily do so either. In other words, the fact that the hearing is being held outside the court's territory does not, on its own, give rise to a requirement that there be a video link between the territory and the hearing.

[66] The open court principle embodies “[t]he importance of ensuring that justice be done openly”, which is “one of the hallmarks of a democratic society”: *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480 (“*C.B.C. v. New Brunswick*”), at para. 22, quoting *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113 (C.A.), at p. 119; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332, at para. 23; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253, at para. 31; and *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 2, [2011] 1 S.C.R. 19, at para. 1. As this Court has previously remarked, “[p]ublicity is the very soul of justice”: *C.B.C. v. New Brunswick*, at para. 21, quoting *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.), at p. 477; *Vancouver Sun (Re)*, at para. 24; *Named Person*, at para. 31. And, as Wilson J. summarized in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1361, the open court principle is rooted in the need

[64] D’abord, ni les Lois ni la compétence inhérente des cours supérieures n’imposent cette condition pour que les juges puissent siéger à l’extérieur de leur province de rattachement. Même si un juge d’une cour supérieure estimera probablement préférable d’établir un lien vidéo dans la plupart des cas, la cour a compétence pour siéger à l’extérieur de sa province de rattachement, peu importe les moyens technologiques qu’elle décide d’utiliser ou non.

[65] Ensuite, certains affirment que le principe de la publicité des débats n’est pas respecté lorsqu’un juge d’une cour supérieure exerce son pouvoir discrétionnaire de siéger à l’extérieur de sa province sans qu’un lien vidéo soit établi avec cette dernière. Je rejette cet argument. Si la tenue d’une audience sans diffusion vidéo dans la province de rattachement de la cour ne viole pas le principe de la publicité des débats, le fait que l’audience se tienne dans un lieu accessible au public à l’extérieur de cette province ne viole pas nécessairement non plus ce principe. Autrement dit, le fait que l’audience ait lieu à l’extérieur de la province de rattachement de la cour n’emporte pas, en soi, l’obligation d’assurer un lien vidéo entre cette province et la salle d’audience.

[66] Le principe de la publicité des débats exprime « [l]’importance de garantir que la justice soit rendue en audience publique », ce qui est « une des caractéristiques d’une société démocratique » : *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480 (« *S.R.C. c. N.-B.* »), par. 22, citant *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113 (C.A.), p. 119; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332, par. 23; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253, par. 31; et *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19, par. 1. Comme la Cour l’a déjà souligné, « [l]a publicité est le souffle même de la justice » : *S.R.C. c. N.-B.*, par. 21, citant *Scott c. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.), p. 477; *Vancouver Sun (Re)*, par. 24; *Personne désignée*, par. 31. En outre, comme la juge Wilson l’a résumé dans l’arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1361, le principe de la publicité des débats tire son origine du besoin

(1) to maintain an effective evidentiary process; (2) to ensure a judiciary and juries that behave fairly and that are sensitive to the values espoused by the society; (3) to promote a shared sense that our courts operate with integrity and dispense justice; and (4) to provide an ongoing opportunity for the community to learn how the justice system operates and how the law being applied daily in the courts affects them.

[67] There is nothing about the conduct of the proceedings or the decision by the supervisory judges to sit together outside their respective home provinces that undermines accessibility to the courtroom or impedes any of the identified purposes of the open court principle.

[68] For example, there is no issue here about the media and the general public being prevented from entering the courtroom and observing or reporting on the proceedings. Nor are these appeals concerned with balancing the open court principle against other interests such as the privacy of litigants or whether the court can conduct an *in camera* hearing. Further, these appeals do not raise broader questions of the acceptable limits on the use of electronic communication mediums in the courtroom.

[69] In short, the notion of accessibility protected by the open court principle is not typically concerned with whether a hearing is held within the boundaries of the province in which the matter originated. The location of the hearing in a publicly accessible place outside the court's territorial jurisdiction does not, on its own, create a requirement for a video link to protect the open court principle.

[70] For the reasons given by LaForme J.A. in the Ontario Court of Appeal at paras. 179-82, I do not accept that s. 135 of the *Courts of Justice Act*, which requires (subject to exceptions) that "all court hearings shall be open to the public", means that Ontario hearings held outside the province must be

(1) de conserver un processus efficace de présentation de la preuve; (2) d'avoir une magistrature et des jurys qui agissent équitablement et qui soient réceptifs aux valeurs de la société; (3) de favoriser le sentiment partagé que nos tribunaux fonctionnent avec intégrité et rendent justice; et (4) de toujours permettre à la société de comprendre le fonctionnement du système judiciaire et comment l'application quotidienne du droit par les tribunaux les touche.

[67] Il n'y a rien dans le déroulement de l'instance ou dans la décision des juges superviseurs de siéger ensemble à l'extérieur de leur province de rattachement respective qui a pour effet de nuire à l'accessibilité du public à la salle d'audience ou qui porte atteinte à l'un ou l'autre des objectifs énumérés du principe de la publicité des débats.

[68] Par exemple, il n'est pas question ici d'empêcher les médias ou le grand public d'accéder à la salle d'audience et d'observer ou de commenter les débats. Les présents pourvois ne portent pas non plus sur la mise en équilibre du principe de la publicité des débats avec d'autres intérêts, tels que le droit des plaideurs au respect de leur vie privée ou la question de savoir si la cour peut tenir une audience à huis clos. Ils ne soulèvent pas non plus de questions plus générales telles que celles sur les limites acceptables pouvant être apportées à l'utilisation des moyens de communication électronique dans les salles d'audience.

[69] En résumé, la notion d'accessibilité qui est protégée par le principe de la publicité des débats ne porte pas habituellement sur la question de savoir si l'audience a lieu à l'intérieur des frontières de la province d'où émane l'affaire. Le fait que l'audience se déroule dans un lieu accessible au public à l'extérieur de la province de rattachement de la cour n'entraîne pas, en soi, l'obligation d'assurer un lien vidéo pour protéger le principe de la publicité des débats.

[70] Pour les raisons exposées par le juge LaForme de la Cour d'appel de l'Ontario aux par. 179-182 de ses motifs, je ne crois pas que l'art. 135 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* — qui exige, sous réserve de certaines exceptions, que « les audiences des tribunaux [soient] publiques » — signifie que

conducted so that there is a video link to an open courtroom in Ontario. In my respectful view, “open to the public” does not mean “open to the public physically present in Ontario”.

### C. *Exercising the Discretion*

[71] On the assumption that the judges had the authority to hold the proposed sitting, there was little controversy on appeal that their discretion to do so was reasonably exercised in the circumstances. However, a few comments may be helpful for future cases.

[72] The British Columbia appellant proposes a framework to guide the exercise of the discretion to convene a hearing outside the court’s home jurisdiction. Several parties agree that this framework is helpful. With some modifications, so do I. When faced with the issue of whether to decide to sit outside his or her home province, a superior court judge should keep in mind the broad considerations set out below. The underlying assumption is that the judge would have subject-matter and personal jurisdiction over the matter if the hearing were held within his or her home jurisdiction.

[73] First, the judge should consider whether sitting in a province other than his or her own will impinge or could be seen as impinging on the sovereignty of that province, creating impermissible extraterritorial effects in that province or preventing the court from competently presiding over the hearing.

[74] Second, the judge should weigh the benefits and costs of the proposed out-of-province proceeding. This could include consideration of the nature of the proceeding, issues of fairness to the parties, the ability and willingness of the home province media to fulfil their role of surrogate for the public

les audiences de tribunaux ontariens qui se tiennent à l’extérieur de la province doivent se dérouler de manière à assurer un lien vidéo avec une salle d’audience accessible au public en Ontario. À mon humble avis, pour être « publique », une audience n’a pas nécessairement à être « accessible à des membres du public physiquement présents en Ontario ».

### C. *Exercice du pouvoir discrétionnaire*

[71] En appel, partant du principe que les juges avaient le pouvoir de tenir l’audience proposée, il y a eu peu de controverse sur le fait qu’ils avaient exercé leur pouvoir discrétionnaire en ce sens de façon raisonnable dans les circonstances. Il est toutefois utile de formuler quelques commentaires en prévision de causes futures.

[72] L’appelante de la Colombie-Britannique propose certaines balises pour encadrer l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire de convoquer une audience à l’extérieur de la province de rattachement de la cour. Plusieurs des parties s’entendent sur l’utilité de ces balises. Sous réserve de quelques modifications, je suis du même avis. Appelé à se prononcer sur l’opportunité de siéger à l’extérieur de sa province de rattachement, un juge d’une cour supérieure devra garder à l’esprit les facteurs généraux énumérés ci-après. Ces propos tiennent pour hypothèse de base que le juge aurait la compétence *ratione materiae* et *ratione personae* sur la question si l’audience avait lieu dans sa province de rattachement.

[73] Premièrement, le juge devra se demander si le fait de siéger dans une province autre que la sienne portera atteinte ou pourrait être considéré comme portant atteinte à la souveraineté de cette province et si cette mesure aurait des effets extraterritoriaux inacceptables dans cette province ou si elle empêcherait la cour de mener l’audience en toute compétence.

[74] Deuxièmement, le juge devra soupeser les avantages et les coûts de la tenue de l’audience projetée à l’extérieur de la province. Ainsi, il pourrait notamment tenir compte de la nature de l’instance, de la question de l’équité envers les parties, de la capacité et de la volonté des médias de la province

in that province, and the broader interests of the administration of justice. Thus, factors to weigh could include: the length and cost of the out-of-province hearing compared to a hearing in the home province; whether the parties have agreed to travel out of the latter and whether the proposed location imposes undue burdens on the parties or the court; and whether there is a public interest in the hearing taking place in the home province or whether access to justice favours an out-of-province hearing, among others.

[75] Third, the judge should consider what terms, if any, should be imposed. Only by way of example, this may include considering conditions as to the payment of extraordinary costs occasioned by having the hearing in the proposed location and whether the interests of justice would be best served by requiring a video link back to the judge's home jurisdiction. While such a link is not required, a judge should take into account the effect that the presence or absence of such a link has on open justice and may order a link where appropriate. The judge should have good reason to refuse to order a link when requested.

[76] Other factors and concerns may arise in the exercise of this discretion in the circumstances of another case; however, this framework should provide superior court judges with some general guidance as to how to proceed.

#### D. *Other Issues*

[77] The Attorney General of Ontario raises two additional points by way of cross-appeal that I address very briefly.

de rattachement d'assumer le rôle de représentants du public de cette province, ainsi que des intérêts généraux de l'administration de la justice. Ainsi, parmi les facteurs dont il pourrait tenir compte, mentionnons les suivants : la durée et les coûts de la tenue d'une audience hors province par rapport à ceux de la tenue d'une audience dans sa province de rattachement; la question de savoir si les parties ont accepté de se déplacer à l'extérieur de cette dernière et celle de savoir si le lieu proposé impose des fardeaux excessifs aux parties ou à la cour; l'existence ou non d'un intérêt du public pour que l'audience ait lieu dans la province de rattachement de la cour ou si le principe de l'accès à la justice milite en faveur de la tenue d'une audience à l'extérieur de cette province.

[75] Troisièmement, le juge devra se demander quelles conditions imposer, le cas échéant. À titre d'exemple uniquement, mentionnons d'éventuelles conditions concernant le remboursement des frais extraordinaires entraînés par la tenue de l'audience au lieu proposé et celles se rapportant à la question de savoir si les intérêts de la justice seraient mieux servis en exigeant un lien vidéo avec la province de rattachement du juge. Bien que ce lien ne soit pas nécessaire, le juge devra tenir compte de l'effet de la présence ou de l'absence d'un tel lien sur l'accès à la justice et en ordonner la mise en place lorsqu'il sera approprié de le faire. D'ailleurs, un juge ne devra refuser d'ordonner la mise en place d'un tel lien lorsqu'elle est demandée que s'il a une bonne raison pour le faire.

[76] Selon les circonstances des affaires en cause, d'autres facteurs et d'autres questions pourront entrer en jeu lors de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire; j'estime toutefois que le cadre d'analyse décrit précédemment devrait offrir aux juges des cours supérieures certaines balises quant à la façon de procéder.

#### D. *Autres questions*

[77] Dans le cadre du pourvoi incident, le procureur général de l'Ontario a soulevé deux questions complémentaires que je vais aborder très brièvement.

[78] The first is whether the authority of an Ontario superior court judge to sit outside Ontario is limited to cases in which the judge will not exercise any of the court's "coercive" powers. Those powers include the power to direct a witness to appear, to answer questions and to make orders controlling behaviour during a court hearing. The appeals before the Court relate to cases in which no such coercive powers will be exercised and so I prefer to confine my analysis to the type of situation that we have before us.

[79] The second point is that Ontario superior court judges sitting outside Ontario must comply with legislation imposing limits on their ability to participate in the hearing from a location outside Ontario. It is of course a given that all judges must comply with validly enacted and constitutional laws. Nothing more need be said about this second point, in my view.

[80] I would dismiss the cross-appeal by the Attorney General of Ontario because it is not necessary to address either of the points raised.

#### V. Conclusion

[81] In the *Endean* appeal, I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and restore the order of *Bauman C.J.S.C.*, dated June 19, 2013. In the *Parsons* appeal, I would allow the appeal, set aside para. 1 of the order of the Court of Appeal and restore para. 1 of the order of *Winkler C.J.O.*, dated June 28, 2013. The appellants in both appeals and in the cross-appeal requested that no costs be awarded and I would award none.

[78] La première est celle de savoir si le pouvoir d'un juge d'une cour supérieure de l'Ontario de siéger à l'extérieur de cette province se limite aux affaires dans lesquelles il n'exercerait aucun des pouvoirs « de contrainte » de la cour. Par pouvoirs de contrainte, il faut entendre notamment le pouvoir de sommer un témoin de comparaître et de répondre à des questions et celui de rendre des ordonnances pour contrôler la conduite des parties en cours d'instance. Les pourvois dont la Cour est saisie concernent des affaires dans lesquelles aucun de ces pouvoirs de contrainte ne sera exercé; je préfère donc restreindre mon analyse au type de situation qui nous est soumis.

[79] La seconde question est celle de savoir si un juge d'une cour supérieure de l'Ontario qui siège à l'extérieur de l'Ontario doit se conformer aux lois imposant des limites à sa capacité de participer aux audiences lorsqu'il se trouve à l'extérieur de l'Ontario. Il est évidemment acquis aux débats que tous les juges doivent se conformer aux lois valablement édictées et constitutionnelles. J'estime qu'il n'y a rien de plus à ajouter à ce sujet.

[80] Je rejetterais l'appel incident formé par le procureur général de l'Ontario parce qu'il n'est nécessaire d'aborder aucune des questions soulevées.

#### V. Dispositif

[81] Pour ce qui est du pourvoi formé par *M<sup>me</sup> Endean*, j'accueillerais le pourvoi, j'annulerais l'ordonnance de la Cour d'appel et je rétablirais l'ordonnance du juge en chef *Bauman* du 19 juin 2013. En ce qui concerne le pourvoi formé par *M<sup>me</sup> Parsons*, j'accueillerais le pourvoi, j'annulerais le par. 1 de l'ordonnance de la Cour d'appel et je rétablirais le par. 1 de l'ordonnance du juge en chef *Winkler* du 28 juin 2013. Les appelants, tant dans les deux pourvois que dans le pourvoi incident, ont demandé qu'aucuns dépens ne soient adjugés et je n'en adjugerais aucun.

The reasons of Karakatsanis and Wagner JJ. were delivered by

[82] WAGNER J. — I have read the reasons of my colleague Justice Cromwell, and I agree that the superior court judges in these cases have discretionary statutory authority under s. 12 of the *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6, in Ontario, and s. 12 of the *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50, in British Columbia, to sit outside of their home provinces. I also agree that a video link is not mandatory in an extraprovincial hearing. However, I would like to add the following observations about the open court principle and how it is affected when a court exercises discretion to sit extraprovincially.

### I. The Open Court Principle

[83] The open court principle encompasses more than a singular requirement that justice not be carried out in secrecy. The open court principle is multifaceted: *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 2, [2011] 1 S.C.R. 19 (“*C.B.C. v. Canada*”), at para. 30. It must be understood as an “ensemble of practices” and principles that are called upon in various contexts to serve our society’s democratic ideals, one of which being the public’s “right to know the law and to understand its application”: E. Cunliffe, “Open Justice: Concepts and Judicial Approaches” (2012), 40 *Fed. L. Rev.* 385, at pp. 388-89.

[84] The open court principle fosters public confidence in the court system and furthers public understanding of the administration of justice: *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480 (“*C.B.C. v. New Brunswick*”), at para. 22; *C.B.C. v. Canada*, at

Version française des motifs des juges Karakatsanis et Wagner rendus par

[82] LE JUGE WAGNER — J’ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Cromwell et je souscris à son opinion selon laquelle les juges des cours supérieures dans les présents dossiers ont le pouvoir légal discrétionnaire — en vertu de l’art. 12 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, c. 6, en Ontario et de l’art. 12 de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50, en Colombie-Britannique — de siéger en dehors de leur province de rattachement. Je suis également d’accord avec mon collègue pour dire qu’il n’est pas obligatoire d’établir un lien vidéo dans le contexte d’une audience tenue hors province. J’aimerais toutefois ajouter les commentaires qui suivent quant au principe de la publicité des débats et quant à l’incidence sur elle lorsqu’une cour exerce son pouvoir discrétionnaire de siéger hors province.

### I. Le principe de la publicité des débats judiciaires

[83] Le principe de la publicité des débats judiciaires englobe davantage que la seule exigence selon laquelle la justice ne doit pas être rendue secrètement. En effet, il s’agit d’un principe à multiples facettes : *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19 (« *S.R.C. c. Canada* »), par. 30. Il doit être interprété comme un [TRADUCTION] « ensemble de pratiques » et de principes auxquels il faut se plier dans divers contextes pour servir les idéaux démocratiques de notre société. Au nombre de ces idéaux, il y a celui selon lequel le public « a le droit de connaître le droit et de comprendre comment il est appliqué » : E. Cunliffe, « Open Justice : Concepts and Judicial Approaches » (2012), 40 *Fed. L. Rev.* 385, p. 388-389.

[84] Le principe de la publicité des débats favorise la confiance du public à l’égard du système judiciaire et accroît sa compréhension de l’administration de la justice : *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480 (« *S.R.C. c. N.-B.* »), par. 22; *S.R.C. c.*

para. 28. That is why in “any truly democratic society, the courts are expected to be open, and information is expected to be available to the public”: *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253, at para. 1. It is only through openness that the public can learn about court processes and be “convinced of the probity of the actions of judges”: Hon. M. Warren, “Open Justice in the Technological Age” (2014), 40 *Monash U.L. Rev.* 45, at p. 47.

[85] Thus, the open court principle not only prevents unnecessary secrecy; it includes an educational aspect and emboldens public confidence in the integrity of court processes: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1360-61. While historically, the open court principle has often been met by the ability of members of the public to enter the hearing room, as Justice LaForme noted, sometimes litigants or the public may “have to travel considerable distances to attend a court hearing” even within their home province: 2015 ONCA 158, 125 O.R. (3d) 168, at para. 179.

[86] I agree with Justice Cromwell that these appeals do not raise broader questions about the use of electronic communication mediums in the courtroom. I note, however, that modern realities of communication and information dissemination may permit a more flexible understanding of what is required to ensure courtrooms are adequately accessible to the public. Information about what happens inside a courtroom may sometimes be shared through a variety of platforms.

[87] Thus, where a court is sitting outside its home province, the open court principle does not always mandate a video link to that province. It may be, however, that a video link will be an effective means to provide the public of that province an opportunity

*Canada*, par. 28. C’est pourquoi « dans toute société véritablement démocratique, on s’attend à ce que les débats judiciaires soient publics et à ce que le public ait accès à l’information » : *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253, par. 1. C’est grâce uniquement à l’accès qu’il a aux débats judiciaires que le public peut en apprendre sur le fonctionnement des tribunaux et être [TRADUCTION] « convaincu de la probité des actions des juges » : l’hon. M. Warren, « Open Justice in the Technological Age » (2014), 40 *Monash U.L. Rev.* 45, p. 47.

[85] En conséquence, le principe de la publicité des débats ne se limite pas à empêcher que les dossiers judiciaires soient inutilement tenus secrets; il comprend aussi un volet éducatif et renforce la confiance du public envers la probité du processus judiciaire : *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1360-1361. Si, historiquement, la possibilité pour le public d’entrer dans les salles d’audience a souvent permis de satisfaire au principe de la publicité des débats, comme le juge LaForme l’a souligné, les parties ou les membres du public ont parfois [TRADUCTION] « à franchir une distance considérable pour assister à une audience devant la cour », et ce, même à l’intérieur de leur propre province : 2015 ONCA 158, 125 O.R. (3d) 168, par. 179.

[86] À l’instar du juge Cromwell, j’estime que les appels dont nous sommes saisis ne soulèvent pas de questions plus larges quant à l’utilisation des moyens de communication électroniques dans les salles d’audience. Je note toutefois que les réalités modernes sur les plans de la communication et de la diffusion de l’information autorisent à faire preuve de plus de souplesse quant à ce qui est requis pour garantir que le public a l’accès voulu aux salles de cour. En effet, l’information quant au déroulement d’une audience peut parfois être transmise par toute une panoplie de modes de communication.

[87] En conséquence, dans le contexte où une cour siège à l’extérieur de sa province de rattachement, le principe de la publicité des débats judiciaires n’exige pas systématiquement la présence d’un lien vidéo avec cette province. Cela dit, un

to access the proceedings. Whether one is required will depend on the circumstances at hand.

[88] It cannot be ignored that Canadian communities are organized provincially through our constitutional structure. The geographical reality is that Canadian provinces are vast in territory and therefore, that hearings held inside a province may not be geographically accessible to all of the province's residents. However, the fact that such a situation does not violate the open court principle does not permit my colleague's conclusion that extraprovincial hearings do not limit the openness of a court proceeding. To accept this conclusion would ignore a central tenet of Canada's constitutional framework, namely, that justice is administered provincially (*Constitution Act, 1867*, s. 92(14)). The division of powers reinforces the relationship between local communities and their access to court proceedings through the provincial superior courts that serve them.

[89] Several provincial legislatures have codified their desire to protect public access to court proceedings within their own province. In Ontario, s. 135(1) of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, provides that "all court hearings shall be open to the public".<sup>6</sup> I agree with Justice Juriensz that the term "public" refers to the Ontario public and provides a *prima facie* right to Ontarians to attend all hearings of Ontario courts: Ontario Court of Appeal, at para. 215.

<sup>6</sup> See also *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, r. 22-1(5) ("[e]xcept in cases of urgency, a chambers proceeding must be heard in a place open to the public"); *New Brunswick Rules of Court*, N.B. Reg. 82-73, rr. 37.08 and 38.08 (motions and applications "shall be open to the public"); *Judicature Act*, S.P.E.I. 2008, c. 20, s. 61 ("all court hearings shall be open to the public"); *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 29 (hearings "shall be open and accessible to the public"); *The Court of Queen's Bench Act*, C.C.S.M., c. C280, s. 76(1) ("a hearing held by the court or a judge is open to the public").

tel lien peut être un moyen efficace d'offrir au public de cette province la chance d'avoir accès aux procédures. Ce seront les circonstances propres à chaque affaire qui dicteront s'il est nécessaire d'en établir un.

[88] Par ailleurs, nous ne pouvons faire fi du fait que, suivant notre Constitution, les communautés canadiennes sont regroupées par province. En outre, compte tenu de la réalité géographique, les provinces canadiennes sont de vastes territoires et ce ne sont donc pas tous les résidents d'une province qui peuvent assister aux audiences qui y sont tenues. Toutefois, le fait que cette réalité ne constitue pas une violation du principe de la publicité des débats ne suffit pas pour conclure, comme le fait mon collègue, que la tenue d'audiences hors province ne limite pas l'accès aux audiences judiciaires. Cela reviendrait à ne pas tenir compte d'un élément central de la structure constitutionnelle du Canada, soit que la justice y est administrée suivant les limites territoriales des provinces (*Loi constitutionnelle de 1867*, par. 92(14)). Or, c'est en raison de l'exercice de ce pouvoir par les provinces que l'accès aux audiences judiciaires a permis que des liens se tissent entre les communautés locales et les cours supérieures qui œuvrent pour elles.

[89] Plusieurs provinces ont codifié leur volonté de protéger l'accès du public aux procédures judiciaires sur leur territoire. En Ontario, le par. 135(1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, c. C.43, prévoit que « les audiences des tribunaux sont publiques »<sup>6</sup>. Je suis d'accord avec le juge Juriensz pour dire que le terme « publiques » renvoie au public de l'Ontario et qu'il confère un droit *prima facie* aux Ontariens d'assister à chacune des audiences tenues par les tribunaux de la province : Cour d'appel de l'Ontario, par. 215.

<sup>6</sup> Voir aussi les *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, par. 22-1(5) ([TRADUCTION] « [s]auf en cas d'urgence, une procédure en cabinet doit être entendue dans un lieu auquel le public a accès »); *Règles de procédure* du Nouveau-Brunswick, Règl. du N.-B. 82-73, r. 37.08 et 38.08 (l'audition des motions et des requêtes « doit être publique »); *Judicature Act*, S.P.E.I. 2008, c. 20, art. 61 ([TRADUCTION] « toutes les audiences doivent être publiques »); *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, r. 29 (les audiences « sont publiques et les lieux où elles sont tenues sont accessibles à tous »); *Loi sur la Cour du Banc de la Reine*, C.P.L.M., c. C280, par. 76(1) (« une audience que tient le tribunal ou un juge est publique »).

[90] Similarly, in Quebec, art. 11 of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01, requires that “[a]nyone may attend court hearings wherever they are held”. This guarantee is hollow if a Quebec citizen must travel across provincial borders to exercise this right. Nova Scotia’s rules expressly provide that extraprovincial hearings conducted with a judge of the Supreme Court of Nova Scotia must be “transmitted to a courtroom in Nova Scotia” to ensure that the hearing is “accessible by the public in Nova Scotia”: *Nova Scotia Civil Procedure Rules*, r. 86.05(4).

[91] The open court principle has always been tied to local communities and the provincial courts that serve them. As Justice Wilson explained, the educational aspect of the open court process provides “an ongoing opportunity for the community to learn how the justice system operates and how the law being applied daily in the courts affects them”: *Edmonton Journal*, at p. 1361 (emphasis added); *Vancouver Sun*, at paras. 86-87. In fact, through courts and discussions about their processes, “private persons come together to form a public”: J. Resnik, “The Democracy in Courts: Jeremy Bentham, ‘Publicity’, and the Privatization of Process in the Twenty-First Century” (2013), 10 *NoFo* 77, at p. 101.

[92] My concerns about a potential lack of openness are heightened in the realm of class actions. Access to justice includes procedural access to justice, which is primarily concerned with ensuring that claimants have recourse to a fair process for the resolution of their claims: *AIC Limited v. Fischer*, 2013 SCC 69, [2013] 3 S.C.R. 949, at paras. 24 and 55. While the fairness of the process is not at issue in these cases, procedural access to justice must also include careful attention to every decision-making step in the process of resolving a claim: R. A. Macdonald, “Access to Justice in Canada Today: Scope, Scale and Ambitions”, in J. Bass, W. A. Bogart and F. H. Zemans, eds., *Access to Justice for a New Century — The Way Forward*

[90] De même, au Québec, l’art. 11 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, prévoit que « [t]ous peuvent assister aux audiences des tribunaux où qu’elles se tiennent ». Cette garantie perd toutefois tout son sens si un citoyen du Québec doit se déplacer au-delà des frontières de la province pour exercer ce droit. En Nouvelle-Écosse, les règles prévoient expressément qu’une audience tenue hors province et présidée par un juge de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse doit [TRADUCTION] « [être] transmise à une salle d’audience en Nouvelle-Écosse » pour garantir qu’elle est « accessible au public en Nouvelle-Écosse » : *Nova Scotia Civil Procedure Rules*, par. 86.05(4).

[91] Le principe de la publicité des débats a toujours été lié aux communautés locales et aux cours provinciales qui les desservent. Comme la juge Wilson l’a expliqué, le volet éducatif du processus, assuré par la tenue de procès publics, donne l’occasion de « toujours permettre à la société de comprendre le fonctionnement du système judiciaire et comment l’application quotidienne du droit par les tribunaux les touche » : *Edmonton Journal*, p. 1361 (je souligne); *Vancouver Sun*, par. 86-87. En fait, grâce aux tribunaux et aux discussions quant aux procédures qui s’y déroulent, [TRADUCTION] « les individus se regroupent et finissent par former un public » : J. Resnik, « The Democracy in Courts : Jeremy Bentham, “Publicity”, and the Privatization of Process in the Twenty-First Century » (2013), 10 *NoFo* 77, p. 101.

[92] Mes préoccupations quant aux possibles lacunes en matière de publicité des débats sont amplifiées dans le contexte des recours collectifs. L’accès à la justice comprend l’accès à la justice sur le plan procédural, qui concerne avant tout la nécessité de garantir que les demandeurs disposent d’un processus équitable de règlement de leurs réclamations : *AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949, par. 24 et 55. Bien que l’équité du processus ne soit pas en cause dans les présents dossiers, l’accès à la justice sur le plan procédural doit également comprendre la possibilité d’observer attentivement toutes les étapes du processus décisionnel menant à la résolution d’une réclamation : R. A. Macdonald, « L’accès à la justice aujourd’hui au

(2005), 19, at p. 105. A process that is efficient and expeditious, but is “a mystery to those who participate in it . . . is not a process that enhances access to justice”: *ibid.*

[93] Courts should strive to make class actions procedure visible and understandable to class members and the community where the proceedings were initiated.

## II. The Role of the Media

[94] As “surrogates for the public”, the media play a central role in ensuring that the public can access information about the courts: *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980), at p. 573; *Edmonton Journal*, at p. 1360. Open access to information about our courts is the public’s right, but “[p]ractically speaking, this information can only be obtained from the newspapers or other media”: *Edmonton Journal*, at p. 1340. While the decision to sit outside of the judges’ home provinces does not *preclude* the media from attending and reporting on these cases, this does not mean that the decision does not *affect* the media’s ability to report on these cases.

[95] The open court principle protects not only the media’s right to access courts, but the circumstances necessary for the media to fulfil their role as surrogates for the public. Where a hearing is held extraprovincially, it is more difficult for the media to relay information about the hearing back to the communities they serve. If journalists must travel outside of their province at their own expense to report on matters relevant to their local community, the means by which the media can act on their “right to gather this information” are more limited: *C.B.C. v. New Brunswick*, at para. 24.

Canada — étendue, envergure et ambitions », dans J. Bass, W. A. Bogart et F. H. Zemans, dir., *L’accès à la justice pour le nouveau siècle : les voies du progrès* (2005), 23, p. 129-130. Un processus qui est efficace et expéditif, mais qui reste « un mystère pour ceux qui y participent [ . . . ] n’est pas un processus qui améliore l’accès à la justice » : *ibid.*

[93] Les tribunaux doivent aspirer à rendre les recours collectifs visibles et compréhensibles pour les membres des groupes visés par de tels recours ainsi que pour la communauté où ces derniers ont été intentés.

## II. Le rôle des médias

[94] En tant que [TRADUCTION] « suppléants du public », les médias jouent un rôle central pour assurer que celui-ci puisse avoir accès à l’information relative aux tribunaux : *Richmond Newspapers, Inc. c. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980), p. 573; *Edmonton Journal*, p. 1360. Certes, le droit à un tel accès appartient au public, mais « [e]n termes pratiques, on ne peut obtenir cette information que par les journaux et les autres médias » : *Edmonton Journal*, p. 1340. Même si la décision prise par des juges de siéger dans une province autre que leur province de rattachement n’*empêche* pas les médias d’être présents lors des audiences et de rapporter l’information relative aux affaires en cause, cela ne signifie pas pour autant que cette décision n’a pas d’*incidence* sur leur capacité de rendre compte de ces causes.

[95] Le principe de la publicité des débats protège non seulement le droit des médias d’avoir accès aux salles d’audience, mais également les circonstances nécessaires pour qu’ils puissent jouer leur rôle de suppléants du public. Or, lorsqu’une audience est tenue hors province, il est plus difficile pour eux de relayer l’information qui s’y rapporte aux communautés qu’ils desservent. En effet, si les journalistes doivent se déplacer hors de leur province à leur frais pour rendre compte de questions pertinentes pour leur communauté locale, les moyens à la disposition des médias pour satisfaire leur « droit de recueillir ces informations » sont plus limités : *S.R.C. c. N.-B.*, par. 24.

[96] Our Court has recognized that “the presence of journalists in courthouses is essential” to ensure that the public’s right to information about court proceedings is not illusory: *C.B.C. v. Canada*, at para. 45. Yet, as the British Columbia Court of Appeal noted, the ease and ability of the local media to monitor such proceedings could be affected if judges are allowed to conduct hearings outside their home province without a video link to a courtroom in that province: 2014 BCCA 61, 59 B.C.L.R. (5th) 113, at para. 69.

[97] The Ontario appellants argue that “‘out of province’ does not equal *in camera*”. This is not disputed. But the decision to sit out of province may be equivalent to an *in camera* hearing if there is no one from the province to report on the hearing and no reasonable way for residents of the province to observe the hearing without substantial cost.

### III. Application

[98] A video link was not necessary in the particular circumstances of these cases. One was not requested by class counsel, the public, or the media.

[99] While a video link is not mandatory in an extraprovincial hearing, a judge sitting extraprovincially should be prepared to consider how to give effect to the educational and community-centric aspects of the open court principle. The absence of a request for a video link does not mean that one should not be provided where the judge considers it appropriate. The open court principle operates to protect the public’s interest in knowing what transpires in the courtroom.

[96] La Cour a reconnu que la « présence [des médias] dans les palais de justice est essentielle » pour garantir que le droit du public à l’information quant aux procédures judiciaires ne soit pas illusoire : *S.R.C. c. Canada*, par. 45. Or, comme l’a souligné la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, la facilité avec laquelle les médias locaux peuvent suivre de telles procédures et leur capacité de le faire pourraient être réduites si les juges sont autorisés à tenir des audiences en dehors de leur province de rattachement sans lien vidéo avec une salle d’audience située dans cette province : 2014 BCCA 61, 59 B.C.L.R. (5th) 113, par. 69.

[97] Les appelants de l’Ontario soutiennent cependant qu’une audience tenue [TRADUCTION] « “hors province” n’équivaut pas à une audience tenue à huis clos ». Tous en conviennent. Il n’en demeure pas moins que le fait de siéger hors province peut équivaloir à siéger à huis clos si personne de la province n’est présent pour rendre compte de l’audience et s’il n’existe aucun moyen raisonnable pour les résidents de cette province d’y assister sans avoir à déboursier une somme substantielle.

### III. Application

[98] Dans les circonstances particulières des causes dont nous sommes saisis, il n’était pas nécessaire d’établir un lien vidéo. D’ailleurs, ni les avocats, ni le public, ni les médias n’ont réclamé qu’un tel lien soit mis en place.

[99] Bien qu’il ne soit pas obligatoire d’établir un lien vidéo dans le contexte d’une audience tenue hors province, un juge qui préside une telle audience doit être prêt à examiner comment donner effet au volet éducatif du principe de la publicité des débats judiciaires ainsi qu’à celui qui veut que la communauté soit au cœur de cet enjeu. Le fait que personne ne demande la mise en place d’un lien vidéo ne signifie pas qu’un tel lien ne devrait être pas établi dans les cas où le juge estime qu’il est de mise d’en établir un. Le principe de la publicité des débats sert à protéger l’intérêt qu’a le public de connaître ce qui ressort des débats judiciaires.

[100] I readily acknowledge that the open court principle is not unassailable. The open court principle may be limited where countervailing values are engaged: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442. For example, the open court principle “must yield to circumstances that would render the proper administration of justice unworkable”: *C.B.C. v. New Brunswick*, at para. 29.

[101] While the court should not presumptively order that a video link back to the home province be set up where the court sits extraprovincially, members of the public, the media, or counsel can request that a video link or other means be used to enhance the accessibility of the hearing. If such a request is made and subject to any countervailing considerations, such a request should generally be granted.

*Appeals allowed and cross-appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant Anita Endean, as representative plaintiff: Camp Fiorante Matthews Mogerman, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

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

*Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal Dianna Louise Parsons et al.: Pape Barristers, Toronto.*

*Solicitors for the appellant the Fund Counsel for Ontario: Gowling WLG (Canada) Inc., Toronto.*

*Solicitor for the respondent/appellant on cross-appeal Her Majesty The Queen in Right of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

[100] Je reconnais d'emblée que le principe de la publicité des débats n'est pas absolu. Il peut être limité lorsque des principes opposés sont en jeu : *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442. Par exemple, ce principe « doit céder le pas devant des circonstances qui rendraient impossible la bonne administration de la justice » : *S.R.C. c. N.-B.*, par. 29.

[101] Même si les tribunaux ne devraient pas présumer devoir ordonner la mise en place d'un lien vidéo avec les provinces de rattachement lorsque les juges siègent hors province, les membres du public, les médias ou les avocats peuvent demander qu'un tel lien ou qu'un autre moyen de communication soit utilisé pour accroître l'accessibilité à l'audience. Si une telle demande est présentée, sous réserve de considérations qui feraient contrepoids, elle devrait généralement être accueillie.

*Pourvois accueillis et pourvoi incident rejeté.*

*Procureurs de l'appelante Anita Endean, en sa qualité de représentante des demandeurs : Camp Fiorante Matthews Mogerman, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.*

*Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

*Procureur de l'intimé/intimé au pourvoi incident le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureurs des appelants/intimés au pourvoi incident Dianna Louise Parsons et autres : Pape Barristers, Toronto.*

*Procureurs de l'appellant le Conseiller juridique du Fonds pour l'Ontario : Gowling WLG (Canada) Inc., Toronto.*

*Procureur de l'intimée/appelante au pourvoi incident Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the respondents Her Majesty The Queen in Right of Alberta et al.: McCarthy Tétrault, Toronto.*

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

*Procureurs des intimés Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta et autres : McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureure de l'intervenante : Procureure générale du Québec, Québec.*

**Matthew John Anthony-Cook** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions of Canada,  
Attorney General of Ontario,  
Criminal Lawyers' Association (Ontario),  
Association des avocats de la défense de  
Montréal and British Columbia Civil Liberties  
Association** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. ANTHONY-COOK**

**2016 SCC 43**

File No.: 36410.

2016: March 31; 2016: October 21.

Present: Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner,  
Gascon, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Sentencing — Sentencing procedure — Guilty plea — Joint submission on sentence from Crown and defence counsel — Whether trial judge erred in departing from joint submission — Proper legal test trial judges should apply in deciding whether it is appropriate in a particular case to depart from joint submission.*

A-C attended a drop-in centre which provided assistance to people suffering from mental health and addiction problems. He had a long-standing mental health disorder and substance abuse issues. On February 9, 2013, A-C punched a regular volunteer at the drop-in centre, G, who fell, hit his head on the pavement, and died. A-C was 28 years old and had a prior criminal record. After his arrest, he was taken to a mental health facility. Following his discharge, A-C breached his bail conditions and was held in custody thereafter until his sentencing hearing, a period of approximately

**Matthew John Anthony-Cook** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Directeur des poursuites pénales du Canada,  
procureur général de l'Ontario,  
Criminal Lawyers' Association (Ontario),  
Association des avocats de la défense de  
Montréal et Association des libertés civiles de  
la Colombie-Britannique** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. ANTHONY-COOK**

**2016 CSC 43**

N° du greffe : 36410.

2016 : 31 mars; 2016 : 21 octobre.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis,  
Wagner, Gascon, Côté et Brown.

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

*Droit criminel — Détermination de la peine — Procédure de détermination de la peine — Plaidoyer de culpabilité — Recommandation conjointe relative à la peine présentée par les avocats du ministère public et de la défense — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en écartant la recommandation conjointe? — Critère juridique que les juges du procès devraient appliquer pour décider s'il est approprié, dans une affaire donnée, d'écarter une recommandation conjointe.*

A-C fréquentait une halte-accueil offrant de l'aide aux personnes qui ont des problèmes de santé mentale et de dépendance. Il présentait depuis longtemps des troubles mentaux et des problèmes d'alcoolisme et de toxicomanie. Le 9 février 2013, A-C a frappé un bénévole de la halte-accueil, G, qui a fait une chute et est mort lorsque sa tête a heurté la chaussée. A-C était âgé de 28 ans et avait un casier judiciaire. À la suite de son arrestation, on l'a amené dans un établissement psychiatrique. Après sa libération, A-C a enfreint les conditions de sa libération sous caution et il a par la suite été détenu sur une période

11 months. After several days of trial, A-C pleaded guilty to manslaughter for his role in the death of G. The Crown and the defence made a joint submission on sentence, proposing a further 18 months in custody with no period of probation to follow. The trial judge applied a “fitness test” to the joint submission and rejected it. He concluded that an appropriate sentence was two years less a day, factoring in deductions for pre-sentence custody, and added a three year probation order. The Court of Appeal unanimously dismissed A-C’s sentence appeal on the basis that the sentence imposed was fit in the circumstances.

*Held:* The appeal should be allowed and the sentence varied to bring it into conformity with the joint submission.

Joint submissions on sentence — that is, when Crown and defence counsel agree to recommend a particular sentence to the trial judge, in exchange for the accused entering a plea of guilty — are vitally important to the well-being of the criminal justice system, as well as the justice system at large. Generally, such agreements are unexceptional and they are readily approved by trial judges without any difficulty. Occasionally, however, a joint submission may appear to be unduly lenient, or perhaps unduly harsh, and trial judges are not obliged to go along with them (*Criminal Code*, s. 606(1.1)(b)(iii)).

There is a lack of consensus regarding the legal test trial judges should apply in deciding whether it is appropriate in a particular case to depart from a joint submission. There are four possible approaches: the fitness test; the demonstrably unfit test; the public interest test; and, the approach that treats the fitness and public interest tests as essentially the same. The public interest test is the proper legal test that trial judges should apply. Under the public interest test, a trial judge should not depart from a joint submission on sentence unless the proposed sentence would bring the administration of justice into disrepute or would otherwise be contrary to the public interest. For joint submissions to be possible, the parties must have a high degree of confidence that they will be accepted. The public interest test, by being more stringent than the other tests proposed, best reflects the many benefits that joint submissions bring to the criminal

d’environ 11 mois, jusqu’à son audience de détermination de la peine. Après plusieurs jours de procès, il s’est reconnu coupable d’homicide involontaire coupable pour sa participation au décès de G. Le ministère public et la défense ont présenté une recommandation conjointe relative à la peine prévoyant une période de 18 mois de détention additionnels sans période de probation par la suite. Le juge du procès a appliqué un « critère de la justesse » pour rejeter la recommandation conjointe. Il a conclu qu’une peine de détention de deux ans moins un jour était appropriée, déduction faite de la période de détention présentencielle, et il a ajouté une ordonnance de probation pour une période de trois ans. La Cour d’appel a unanimement rejeté l’appel de A-C à l’encontre de la peine imposée puisque celle-ci était juste dans les circonstances.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli et la peine est modifiée pour qu’elle soit conforme à la recommandation conjointe.

Les recommandations conjointes relatives à la peine — lorsque les avocats du ministère public et de la défense recommandent au juge du procès une peine en particulier en échange d’un plaidoyer de culpabilité de la part de l’accusé — sont essentielles au bon fonctionnement du système de justice pénale et du système de justice en général. Habituellement, de telles ententes n’ont rien d’exceptionnel, et les juges du procès les acceptent d’emblée. À l’occasion cependant, une recommandation conjointe peut sembler trop clémente, ou peut-être trop sévère, et le juge du procès n’est pas tenu de l’accepter (*Code criminel*, sous-al. 606(1.1)(b)(iii)).

Il n’y a pas de consensus au sujet du critère juridique que les juges du procès devraient appliquer pour décider s’il y a lieu d’écarter une recommandation conjointe dans un cas donné. Quatre critères peuvent être appliqués : celui de la justesse, celui de la peine manifestement non indiquée, celui de l’intérêt public, et celui pour lequel on considère que le critère de la justesse et celui de l’intérêt public sont essentiellement le même. Le critère de l’intérêt public est celui que les juges du procès devraient appliquer. Selon ce critère, un juge du procès ne devrait pas écarter une recommandation conjointe relative à la peine, à moins que la peine proposée soit susceptible de déconsidérer l’administration de la justice ou qu’elle soit par ailleurs contraire à l’intérêt public. La présentation de recommandations conjointes ne reste possible que si les parties sont très confiantes qu’elles seront acceptées. Le critère de l’intérêt public est plus rigoureux que les

justice system and the corresponding need for a high degree of certainty in them.

Crown and defence counsel are well placed to arrive at a joint submission that addresses the interests of both the public and the accused. Trial judges should not reject a joint submission lightly. They should only do so where the proposed sentence would be viewed by reasonable and informed persons as a breakdown in the proper functioning of the justice system. A lower threshold than this would cast the efficacy of resolution agreements into too great a degree of uncertainty.

Where the joint submission is contentious and raises concerns with the trial judge, the following procedures should be followed. First, the trial judge should approach the joint submission on an “as-is” basis. Second, the public interest test should be applied when a trial judge is considering going above or below the sentence proposed in the joint submission, although different considerations may inform the public interest in each context. Third, the trial judge may inquire about the circumstances leading to the joint submission — and, in particular, any benefits obtained by the Crown or concessions made by the accused. Fourth, the trial judge should notify counsel of any concerns and invite further submissions on those concerns, including the possibility of allowing the accused to withdraw his or her guilty plea. Fifth, if the trial judge’s concerns are not alleviated, the judge may allow the accused to withdraw his or her guilty plea. Finally, if the trial judge remains unsatisfied by counsel’s submissions, he or she should provide clear and cogent reasons for departing from the joint submission.

In the present case, the trial judge applied the fitness test, a less stringent test than he should have applied, and in doing so, he erred in principle. In view of the trial judge’s error, deference is not owed. Applying the proper legal test — the public interest test — the sentence proposed by the parties did not, in the circumstances, warrant a departure from the joint submission. Indeed, it was close to the range of sentence identified by the trial judge. Moreover, A-C gave up his right to a trial and any self-defence argument he may have had. In the end, the trial judge’s deviation from the recommended custodial

autres critères proposés et il reflète le mieux les nombreux avantages que les recommandations conjointes apportent au système de justice pénale ainsi que le besoin correspondant d’un degré de certitude élevé que ces recommandations seront acceptées.

Les avocats du ministère public et de la défense sont bien placés pour en arriver à une recommandation conjointe qui favorise tant les intérêts du public que ceux de l’accusé. Les juges du procès ne devraient pas rejeter trop facilement une recommandation conjointe; ils ne devraient le faire que lorsque des personnes renseignées et raisonnables estimerait que la peine proposée fait échec au bon fonctionnement du système de justice. Un seuil moins élevé que celui-ci jetterait trop d’incertitude sur l’efficacité des ententes de règlement.

Il y a lieu d’appliquer les procédures suivantes lorsque la recommandation conjointe est controversée et soulève des préoccupations pour le juge du procès. Premièrement, les juges du procès devraient aborder la recommandation conjointe telle qu’elle leur est présentée. Deuxièmement, le juge du procès doit appliquer le critère de l’intérêt public lorsqu’il envisage d’infliger une peine plus lourde ou plus clémente que celle recommandée conjointement, bien que les considérations qui sous-tendent l’intérêt public puissent être différentes selon le contexte. Troisièmement, le juge du procès peut s’informer des circonstances à l’origine de la recommandation conjointe, en particulier tous les avantages obtenus par le ministère public ou toutes les concessions faites par l’accusé. Quatrièmement, le juge du procès devrait faire part aux avocats de ses préoccupations et les inviter à y répondre, en leur indiquant notamment la possibilité de permettre à l’accusé de retirer son plaidoyer de culpabilité. Cinquièmement, si les préoccupations du juge du procès ne sont pas atténuées, le juge peut permettre à l’accusé de retirer son plaidoyer de culpabilité. Enfin, si le juge du procès n’est pas convaincu par les observations des avocats, il devrait énoncer des motifs clairs et convaincants à l’appui de sa décision d’écarter la recommandation conjointe.

En l’espèce, le juge du procès a appliqué le critère de la justesse, un critère moins rigoureux que celui qu’il aurait dû appliquer et, ce faisant, il a commis une erreur de principe. En raison de l’erreur du juge du procès, il n’y a pas lieu de faire montre de déférence. En appliquant le critère juridique approprié — le critère de l’intérêt public, — la peine proposée par les parties ne justifiait pas, dans les circonstances, un rejet de la recommandation conjointe. En fait, elle s’approchait de la fourchette de peines indiquée par le juge du procès. De plus, A-C a renoncé à son droit à un procès et à tout argument relatif

sentence — by only six months — amounts to little more than tinkering. In addition, the probation order should not have been made. Counsel's view that the probation order was duplicative and therefore unnecessary to protect the public was reasonable in the circumstances.

### Cases Cited

**Not followed:** *R. v. Douglas* (2002), 162 C.C.C. (3d) 37; **referred to:** *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566; *R. v. G.W.C.*, 2000 ABCA 333, 277 A.R. 20; *R. v. Bezdan*, 2001 BCCA 215, 154 B.C.A.C. 122; *R. v. MacIvor*, 2003 NSCA 60, 215 N.S.R. (2d) 344; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089; *R. v. Dorsey* (1999), 123 O.A.C. 342; *R. v. Druken*, 2006 NLCA 67, 261 Nfld. & P.E.I.R. 271; *R. v. Nome*, 2002 BCCA 468, 172 B.C.A.C. 183; *R. v. Cerasuolo* (2001), 151 C.C.C. (3d) 445; *R. v. Dion*, 2015 QCCA 1826; *R. v. Dumont*, 2013 QCCA 576; *R. v. Mailhot*, 2013 QCCA 870; *R. v. B.O.2*, 2010 NLCA 19; *R. v. Edgar*, 2010 ONCA 529, 101 O.R. (3d) 161; *R. v. DeSousa*, 2012 ONCA 254, 109 O.R. (3d) 792; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Oxford*, 2010 NLCA 45, 299 Nfld. & P.E.I.R. 327; *R. v. Sinclair*, 2004 MBCA 48, 185 C.C.C. (3d) 569; *R. v. Tkachuk*, 2001 ABCA 243, 293 A.R. 171.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 606(1.1)(b)(iii).  
*Mental Health Act*, R.S.B.C. 1996, c. 288.

### Authors Cited

Law Society of British Columbia. *Code of Professional Conduct for British Columbia* (online: [www.lawsociety.bc.ca/docs/publications/mm/BC-Code\\_2016-06.pdf](http://www.lawsociety.bc.ca/docs/publications/mm/BC-Code_2016-06.pdf)).  
Layton, David, and Michel Proulx. *Ethics and Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2015.  
Ontario. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto: The Committee, 1993.  
Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. *Sentencing*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Neilson, Bennett and Garson JJ.A.), 2015 BCCA 22, 367 B.C.A.C. 96, 631 W.A.C. 96, [2015] B.C.J. No. 63 (QL), 2015

à la légitime défense qu'il aurait pu invoquer. En fin de compte, en dérogeant — de seulement six mois — à la peine de détention recommandée, c'est tout juste si le juge ne l'a pas simplement remaniée. En outre, l'ordonnance de probation n'aurait pas dû être prononcée. L'opinion des avocats, selon laquelle l'ordonnance de probation était redondante et n'était donc pas nécessaire pour assurer la protection du public, était raisonnable dans les circonstances.

### Jurisprudence

**Arrêt non suivi :** *R. c. Douglas* (2002), 162 C.C.C. (3d) 37; **arrêts mentionnés :** *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566; *R. c. G.W.C.*, 2000 ABCA 333, 277 A.R. 20; *R. c. Bezdan*, 2001 BCCA 215, 154 B.C.A.C. 122; *R. c. MacIvor*, 2003 NSCA 60, 215 N.S.R. (2d) 344; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *R. c. Dorsey* (1999), 123 O.A.C. 342; *R. c. Druken*, 2006 NLCA 67, 261 Nfld. & P.E.I.R. 271; *R. c. Nome*, 2002 BCCA 468, 172 B.C.A.C. 183; *R. c. Cerasuolo* (2001), 151 C.C.C. (3d) 445; *R. c. Dion*, 2015 QCCA 1826; *R. c. Dumont*, 2013 QCCA 576; *R. c. Mailhot*, 2013 QCCA 870; *R. c. B.O.2*, 2010 NLCA 19; *R. c. Edgar*, 2010 ONCA 529, 101 O.R. (3d) 161; *R. c. DeSousa*, 2012 ONCA 254, 109 O.R. (3d) 792; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Oxford*, 2010 NLCA 45, 299 Nfld. & P.E.I.R. 327; *R. c. Sinclair*, 2004 MBCA 48, 185 C.C.C. (3d) 569; *R. c. Tkachuk*, 2001 ABCA 243, 293 A.R. 171.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 606(1.1)(b)(iii).  
*Mental Health Act*, R.S.B.C. 1996, c. 288.

### Doctrine et autres documents cités

Law Society of British Columbia. *Code of Professional Conduct for British Columbia* (online : [www.lawsociety.bc.ca/docs/publications/mm/BC-Code\\_2016-06.pdf](http://www.lawsociety.bc.ca/docs/publications/mm/BC-Code_2016-06.pdf)).  
Layton, David, and Michel Proulx. *Ethics and Criminal Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2015.  
Ontario. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*, Toronto, The Committee, 1993.  
Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. *Sentencing*, 8th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Neilson, Bennett et Garson), 2015 BCCA 22, 367 B.C.A.C. 96, 631 W.A.C. 96, [2015] B.C.J. No. 63 (QL), 2015

CarswellBC 79 (WL Can.), affirming a sentencing decision of Ehrcke J., 2014 BCSC 1503, [2014] B.C.J. No. 2055 (QL), 2014 CarswellBC 2353 (WL Can.). Appeal allowed.

*Micah B. Rankin, Michael Sobkin and Jeremy G. Jensen*, for the appellant.

*Mary T. Ainslie, Q.C.*, and *Megan A. Street*, for the respondent.

*David W. Scherbrucker and Monica McQueen*, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

*Elise Nakelsky*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Joseph Di Luca and Erin Dann*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Nicholas St-Jacques, Lida Sara Nouraie and Walid Hijazi*, for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal.

*Emily Lapper and Ryan D. W. Dalziel*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

[1] MOLDAVER J. — Resolution discussions between Crown and defence counsel are not only commonplace in the criminal justice system, they are essential. Properly conducted, they permit the system to function smoothly and efficiently.

[2] Joint submissions on sentence — that is, when Crown and defence counsel agree to recommend a particular sentence to the judge, in exchange for the accused entering a plea of guilty — are a subset of

2015 CarswellBC 79 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Ehrcke relative à la détermination de la peine, 2014 BCSC 1503, [2014] B.C.J. No. 2055 (QL), 2014 CarswellBC 2353 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

*Micah B. Rankin, Michael Sobkin et Jeremy G. Jensen*, pour l'appelant.

*Mary T. Ainslie, c.r.*, et *Megan A. Street*, pour l'intimée.

*David W. Scherbrucker et Monica McQueen*, pour l'intervenant le directeur des poursuites pénales du Canada.

*Elise Nakelsky*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Joseph Di Luca et Erin Dann*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Nicholas St-Jacques, Lida Sara Nouraie et Walid Hijazi*, pour l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal.

*Emily Lapper et Ryan D. W. Dalziel*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE MOLDAVER — Les discussions que tiennent les avocats du ministère public et ceux de la défense en vue d'un règlement sont non seulement courantes dans le système de justice pénale, elles sont essentielles. Menées correctement, elles permettent un fonctionnement en douceur et efficace du système.

[2] Les recommandations conjointes relatives à la peine — c'est-à-dire lorsque les avocats du ministère public et de la défense conviennent de recommander au juge une peine en particulier, en

resolution discussions.<sup>1</sup> They are both an accepted and acceptable means of plea resolution. They occur every day in courtrooms across this country and they are vital to the efficient operation of the criminal justice system. As this Court said in *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566, not only do joint submissions “help to resolve the vast majority of criminal cases in Canada”, but “in doing so, [they] contribute to a fair and efficient criminal justice system” (para. 47).

[3] But joint submissions on sentence are not sacrosanct. Trial judges may depart from them. That is what happened here. The appellant, Mr. Anthony-Cook, entered a plea of guilty to manslaughter on the basis of a joint submission as to sentence. The trial judge rejected the joint submission and imposed a longer custodial sentence than the sentence proposed by Crown and defence counsel. He also imposed a probation order for three years, even though the joint submission did not contemplate a period of probation.

[4] The narrow issue before us is whether the trial judge erred in departing from the joint submission proposed by the parties. The broader issue concerns the legal test trial judges should apply in deciding whether it is appropriate in a particular case to depart from a joint submission.

[5] For the reasons that follow, I am respectfully of the view that the trial judge in the present case applied a less stringent test than he should have in choosing to depart from the joint submission — and in doing so, he erred in principle. The test he applied was a “fitness of sentence” test. The test he should have applied is whether the proposed sentence

<sup>1</sup> These reasons do not address sentencing flowing from plea agreements in which the parties are not in full agreement as to the appropriate sentence.

échange d’un plaidoyer de culpabilité de la part de l’accusé — font partie des discussions en vue d’un règlement<sup>1</sup>. Elles constituent un moyen à la fois accepté et acceptable d’arriver à une entente sur le plaidoyer. On en voit tous les jours dans les salles d’audience partout au pays, et elles sont essentielles au bon fonctionnement du système de justice pénale. Comme l’a dit notre Cour dans *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566, ces recommandations conjointes contribuent non seulement à ce « que l’on règle la grande majorité des affaires pénales au Canada », mais « elles contribuent donc à rendre le système de justice pénale équitable et efficace » (par. 47).

[3] Toutefois, les recommandations conjointes relatives à la peine ne sont pas sacro-saintes. Les juges du procès peuvent les écarter. Ce fut le cas dans la présente affaire. L’appelant, M. Anthony-Cook, a enregistré un plaidoyer de culpabilité pour homicide involontaire coupable en se fondant sur une recommandation conjointe relative à la peine. Le juge du procès a rejeté la recommandation conjointe et a imposé une peine de détention plus longue que celle que proposaient les avocats du ministère public et de la défense. Il a aussi prononcé une ordonnance de probation de trois ans, même si la recommandation conjointe ne prévoyait pas de période de probation.

[4] La question précise dont nous sommes saisis est de savoir si le juge du procès a commis une erreur en écartant la recommandation conjointe des parties. La question plus générale concerne le critère juridique que les juges du procès devraient appliquer pour décider s’il est approprié, dans une affaire donnée, d’écarter une recommandation conjointe.

[5] Pour les motifs qui suivent, et avec égards, je suis d’avis que le juge du procès en l’espèce a appliqué un critère moins rigoureux que celui qu’il aurait dû appliquer lorsqu’il a choisi d’écarter la recommandation conjointe — et, ce faisant, il a commis une erreur de principe. Il a appliqué un critère relatif à la « justesse de la peine ». Le critère qu’il

<sup>1</sup> Les présents motifs ne traitent pas de la peine qui découle d’une entente sur le plaidoyer où les parties ne sont pas entièrement d’accord au sujet de la peine appropriée.

would bring the administration of justice into dispute, or would otherwise be contrary to the public interest.

[6] In view of the trial judge's error, deference is not owed and we can look at the matter afresh, using the correct test to determine whether the joint submission on sentence should have been accepted. Applying that test, I am satisfied that the sentence proposed by the parties did not, in the circumstances, warrant a departure from the joint submission. Accordingly, I would allow the appeal and vary the sentence to bring it into conformity with the joint submission.

#### I. Facts

[7] On June 16, 2014, the appellant entered a plea of guilty to manslaughter for his role in the death of Michael Gregory. The facts underlying his plea are as simple as they are tragic.

[8] The Kettle Friendship Society is a society in Vancouver, British Columbia, that provides services to individuals with mental health and addictions issues. The appellant has a long history of such problems and from time to time, he turned to the Society's drop-in centre for assistance. So too did Mr. Gregory although, in his case, in addition to receiving assistance, he acted as a volunteer.

[9] On the morning of February 9, 2013, Mr. Gregory attended the centre but left at around 10:30 a.m. because he was feeling ill. At about the same time, the appellant was in the centre's computer room. One of the other attendees complained about him causing a disturbance. Staff found him swearing and punching at a board near a computer. They told him to leave, which he did. On his way out, he shouted at the staff and appeared angry and upset.

aurait dû appliquer était de savoir si la peine proposée serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, ou serait par ailleurs contraire à l'intérêt public.

[6] En raison de l'erreur du juge du procès, il n'y a pas lieu de faire montre de déférence, et nous pouvons examiner l'affaire à nouveau, en utilisant le bon critère pour déterminer si la recommandation conjointe relative à la peine aurait dû être acceptée. En appliquant ce critère, je suis convaincu que, dans les circonstances, la peine proposée par les parties ne justifiait pas un rejet de la recommandation conjointe. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de modifier la peine pour qu'elle soit conforme à la recommandation conjointe.

#### I. Les faits

[7] Le 16 juin 2014, l'appelant a enregistré un plaidoyer de culpabilité pour homicide involontaire coupable relativement à son rôle dans la mort de Michael Gregory. Les faits à l'origine de son plaidoyer sont aussi simples qu'ils sont tragiques.

[8] La société Kettle Friendship Society (la « Société ») de Vancouver, en Colombie-Britannique, dispense des services aux personnes qui ont des problèmes de santé mentale et de dépendance. L'appelant présente ces problèmes depuis longtemps et, de temps à autre, il se rendait à la halte-accueil de la Société pour obtenir de l'aide. C'est également ce que faisait M. Gregory qui, en plus de recevoir de l'aide, agissait à titre de bénévole.

[9] Le 9 février 2013, M. Gregory s'est rendu à la halte le matin, mais il a quitté vers 10 h 30 parce qu'il ne se sentait pas bien. L'appelant se trouvait dans la salle des ordinateurs de la halte à peu près au même moment. Une des autres personnes présentes s'est plainte du fait que l'appelant dérangeait. Des membres du personnel ont trouvé ce dernier alors qu'il blasphémait et frappait sur un tableau situé près d'un ordinateur. Ils lui ont dit de quitter les lieux, ce qu'il a fait. En sortant, il a crié en direction du personnel; il semblait en colère et perturbé.

[10] As the appellant walked away from the drop-in centre, he saw Mr. Gregory crossing the street, heading away from him. The appellant called out to Mr. Gregory, shouting words to the effect that he would “kick his head in”.

[11] Mr. Gregory shouted back, telling the appellant to “smarten up” or “dummy up”. He then changed direction and after catching up with the appellant, grabbed him by the shoulder and began pushing him. The two men pushed each other. Mr. Gregory continued yelling, and the appellant threw three or four punches, none of which connected.

[12] Mr. Gregory then backed away from the appellant with his hands raised. The appellant moved forward and threw two more punches, striking Mr. Gregory in and around the head and neck. The first blow stunned Mr. Gregory, and the second knocked him unconscious. Mr. Gregory fell backwards. His skull fractured when it hit the pavement. He never regained consciousness, and was pronounced dead at the hospital. All of the punches occurred within a matter of 10 to 20 seconds.

[13] After Mr. Gregory fell, the appellant fled. He was located and arrested by the police about five hours later. He was released without charge the following day but was detained at a mental health facility pursuant to a Director’s warrant issued under the *Mental Health Act*, R.S.B.C. 1996, c. 288. He remained in detention at a mental health facility for about two months, until April 4, 2013, when he was taken into police custody and charged with manslaughter.

[14] Four days later, the appellant was released on bail with conditions. One condition required that he reside at a mental health facility unless discharged by his physicians. In early July 2013, after spending three months in a facility, the appellant’s physicians discharged him into the community. However, on July 19, 2013, he was arrested for breaching the curfew condition of his bail order and his bail was revoked. He was held in custody thereafter until his

[10] Comme l’appelant quittait la halte-accueil, il a vu M. Gregory qui traversait la rue, s’éloignant de lui. L’appelant a interpellé M. Gregory, lui criant des propos selon lesquels il allait lui [TRADUCTION] « botter la tête ».

[11] Monsieur Gregory a répliqué en criant à l’appelant de [TRADUCTION] « se déniaiser » ou de « se taire ». Il a alors changé de direction et, après avoir rattrapé l’appelant, il l’a saisi par l’épaule et a commencé à le pousser. Les deux hommes se sont poussés l’un l’autre. Monsieur Gregory a continué à crier, et l’appelant lui a envoyé trois ou quatre coups de poing, mais aucun d’eux n’a porté.

[12] Monsieur Gregory s’est alors éloigné de l’appelant, en reculant les mains en l’air. L’appelant s’est avancé et a donné deux autres coups de poing, frappant M. Gregory dans la région de la tête et du cou. Le premier coup a étourdi M. Gregory, et le second lui a fait perdre connaissance. Monsieur Gregory est tombé à la renverse. Son crâne s’est fracturé en heurtant la chaussée. Il n’a jamais repris conscience, et son décès a été constaté à l’hôpital. Tous les coups de poing ont été assésés en 10 à 20 secondes.

[13] Après la chute de M. Gregory, l’appelant a pris la fuite. La police l’a trouvé et l’a arrêté environ cinq heures plus tard. Il a été libéré sans accusation le jour suivant, mais il a été détenu dans un établissement psychiatrique, conformément à un mandat du directeur décerné sous le régime de la *Mental Health Act*, R.S.B.C. 1996, c. 288. Il a été détenu en établissement psychiatrique pendant environ deux mois, jusqu’au 4 avril 2013, lorsqu’il a été confié à la garde de la police et a été accusé d’homicide involontaire coupable.

[14] Quatre jours plus tard, l’appelant a obtenu une libération sous caution assortie de certaines conditions. Il devait notamment demeurer dans un établissement psychiatrique, à moins de recevoir congé de ses médecins. Au début de juillet 2013, après qu’il eût passé trois mois dans un établissement, les médecins de l’appelant l’ont remis en liberté dans la collectivité. Toutefois, le 19 juillet 2013, il a été arrêté pour bris de la condition de couvre-feu de son

sentencing hearing in June 2014, a period of approximately 11 months.

[15] Initially, the appellant entered a plea of not guilty to the charge of manslaughter. He changed his plea to guilty after several days of trial. He did so following a resolution agreement with the Crown, under which the appellant would serve a further 18 months in custody — in addition to the period of about a year he had spent in pre-trial custody — with no period of probation to follow. In exchange, the appellant would plead guilty to manslaughter, thereby giving up his right to a trial, and with it, the possibility of raising the defence of self-defence.

[16] The appellant was 28 years old at the time of his plea. He has a criminal record dating back to 2007. It includes convictions for breaking and entering, theft, mischief, and failing to comply with probation orders. His criminal record does not reflect a history of violence, apart from one conviction involving a minor assault. The appellant also has long-standing mental health and drug use problems. He suffers from a refractory psychotic disorder (schizoaffective disorder). While there is no suggestion that drug use played a role in the present offence, it has been a factor in some of his prior offences.

[17] At the sentencing hearing, the trial judge put the Crown and defence on notice that he had serious reservations about the joint submission. He asked for further submissions. He also invited the appellant to apply to withdraw his guilty plea, if he wished to do so. The appellant declined the trial judge's invitation.

ordonnance de cautionnement, et sa libération a été révoquée. Il a par la suite été détenu sur une période d'environ 11 mois, jusqu'à son audience de détermination de la peine en juin 2014.

[15] Initialement, l'appelant avait enregistré un plaidoyer de non-culpabilité à l'accusation d'homicide involontaire coupable. Après plusieurs jours de procès, il a changé de plaidoyer. Il a plaidé coupable lorsqu'une entente de règlement a été conclue avec le ministère public; cette entente prévoyait que l'appelant purgerait 18 mois de détention additionnels — en plus de la période d'environ un an qu'il avait passée en détention préventive — sans période de probation par la suite. En échange, l'appelant enregistrerait un plaidoyer de culpabilité pour homicide involontaire coupable, abandonnant ainsi son droit à un procès et, de ce fait, à la possibilité d'invoquer la légitime défense.

[16] L'appelant était âgé de 28 ans lorsqu'il a enregistré son plaidoyer. Son casier judiciaire remonte à 2007. Il comporte des déclarations de culpabilité pour introduction par effraction, vol, méfait, et défaut de se conformer à des ordonnances de probation. Son casier judiciaire ne révèle pas d'antécédents de violence, à l'exception d'une déclaration de culpabilité concernant une voie de fait mineure. L'appelant présente depuis longtemps des problèmes de santé mentale et de consommation de drogue. Il souffre d'un trouble psychotique réfractaire (trouble schizoaffectif). Si rien ne laisse croire que la consommation de drogue a joué un rôle dans l'infraction en cause dans la présente affaire, elle constituait un facteur dans certaines des infractions commises par l'appelant auparavant.

[17] À l'audience de détermination de la peine, le juge du procès a avisé les avocats du ministère public et de la défense qu'il avait de sérieuses réserves au sujet de la recommandation conjointe. Il a demandé qu'on lui présente des observations additionnelles. Il a également invité l'appelant à présenter une demande en vue de retirer son plaidoyer de culpabilité, s'il désirait le faire. L'appelant a décliné l'invitation du juge.

[18] The trial judge expressed two concerns with the joint submission. First, he noted that counsel had mistakenly overestimated by some six months the amount of credit to which the appellant was entitled for time spent in pre-sentence custody. Crown counsel acknowledged the error, but stated that it did not alter his position on the joint submission and he continued to seek a further custodial sentence of 18 months.

[19] Second, the trial judge was concerned that without a probation order, the sentence would not adequately protect the public. In particular, he considered it important that the appellant refrain from using non-medically prescribed drugs. Counsel informed the trial judge that a probation order would not be appropriate for two reasons. First, it would be duplicative because the appellant remained certified under the *Mental Health Act*, and he would be supervised by his treatment team while living in the community. If his psychosis worsened or he failed to take his medications, a warrant could issue requiring that he be returned to the hospital, where he would remain until his team felt he was suitable for release. Second, counsel maintained that a probation order would set the appellant up for failure because, in the past, he had experienced difficulty complying with multiple reporting obligations due to his mental illness.

## II. Decisions Below

### A. *Supreme Court of British Columbia (Ehrcke J.), 2014 BCSC 1503*

[20] The trial judge rejected the joint submission. While giving it “very careful consideration”, he concluded that it did not “give adequate weight to the principles of denunciation, deterrence, and protection of the public” (para. 68 (CanLII)). In its place, instead of sentencing the appellant to a further term of 18 months in custody, as requested, he sentenced him to a custodial term of two years less a day (after credit for pre-sentence custody) — a

[18] Le juge du procès a exprimé deux préoccupations au sujet de la recommandation conjointe. Il a d’abord fait remarquer que les avocats avaient erronément surestimé de quelque six mois le crédit auquel l’appelant avait droit pour le temps passé en détention présentencielle. L’avocat du ministère public a reconnu l’erreur, mais a déclaré qu’elle ne modifiait pas sa position sur la recommandation conjointe, et il a continué à solliciter une peine de détention additionnelle de 18 mois.

[19] En second lieu, le juge du procès craignait que, sans une ordonnance de probation, la peine ne protégerait pas adéquatement le public. En particulier, il estimait important que l’appelant s’abstienne de consommer des drogues non prescrites par un médecin. Les avocats ont informé le juge qu’une ordonnance de probation ne serait pas appropriée pour deux raisons. Premièrement, elle serait redondante, parce que l’appelant demeurait sous le coup d’un certificat d’admission sous le régime de la *Mental Health Act*, et qu’il serait surveillé par son équipe médicale pendant qu’il vivrait dans la collectivité. En cas d’aggravation de sa psychose ou de défaut de sa part de prendre ses médicaments, un mandat pourrait être décerné, exigeant son retour à l’hôpital, où il demeurerait jusqu’à ce que son équipe médicale estime qu’il conviendrait de lui donner congé. Deuxièmement, les avocats ont maintenu qu’une ordonnance de probation serait vouée à l’échec, parce que, dans le passé, l’appelant avait, du fait de sa maladie mentale, éprouvé de la difficulté à respecter de multiples obligations de se présenter à un agent de probation.

## II. Décisions des juridictions inférieures

### A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique (le juge Ehrcke), 2014 BCSC 1503*

[20] Le juge du procès a rejeté la recommandation conjointe. Après l’avoir [TRADUCTION] « examinée très minutieusement », il a conclu qu’elle « n’accorderait pas l’importance qu’il faut accorder aux principes de dénonciation, de dissuasion et de protection du public » (par. 68 (CanLII)). Plutôt que de condamner l’appelant à une peine de 18 mois de détention additionnels, selon ce qui lui avait été demandé, il lui a imposé une peine de détention de

six month differential. In addition, he placed the appellant on probation for three years.

[21] In departing from the joint submission, the trial judge considered the circumstances of the appellant and the offence, and various sentencing authorities provided by counsel. He determined that three years would be a fit sentence (before credit for pre-sentence custody), and that any sentence below that “would be an unfit sentence” (para. 43). In view of his conclusion that the appellant was entitled to less credit for time spent in pre-sentence custody than counsel had recommended, he increased the proposed custodial sentence by six months in order to achieve the effective three-year sentence he considered “fit”.

[22] The trial judge also rejected the joint submission to the extent that it did not include an order for probation. He considered that such an order was necessary to protect the public because the treatment team could not control the appellant’s use of street drugs. Accordingly, he imposed a three-year probation order, which included a term prohibiting the appellant from possessing or consuming non-medically prescribed drugs.

B. *Court of Appeal for British Columbia (Neilson, Bennett and Garson J.J.A.), 2015 BCCA 22, 367 B.C.A.C. 96*

[23] The Court of Appeal for British Columbia unanimously dismissed the appellant’s sentence appeal. Justice Garson, writing for the court, concluded that the sentence imposed was “fit in the circumstances” (para. 1).

[24] The court accepted the Crown’s position that it was unnecessary to decide the test for departing from a joint submission. In its view, the trial judge did not err in his assessment of the appropriate

deux ans moins un jour (en tenant compte de la période de détention présentencielle) — une différence de six mois. De plus, il a prononcé à l’encontre de l’appelant une ordonnance de probation pour une période de trois ans.

[21] En écartant la recommandation conjointe, le juge du procès a pris en considération la situation de l’appelant et les circonstances de l’infraction, de même que les divers précédents en matière de détermination de la peine cités par les avocats. Selon lui, la peine de trois ans était une juste peine (avant le crédit pour la détention présentencielle), et toute peine moins sévère [TRADUCTION] « ne serait pas une juste peine » (par. 43). Ayant conclu que l’appelant avait droit, pour le temps passé en détention présentencielle, à un crédit moindre que ce qu’avaient recommandé les avocats, il a accru de six mois la peine de détention proposée, afin d’arriver à la peine de trois ans qu’il estimait être « juste ».

[22] Le juge du procès a aussi rejeté la recommandation conjointe dans la mesure où elle ne comportait pas une ordonnance de probation. Selon lui, une telle ordonnance était nécessaire pour assurer la protection du public, parce que l’équipe médicale ne pourrait pas contrôler la consommation, par l’appelant, de drogues illicites. Par conséquent, il a imposé une ordonnance de probation de trois ans, assortie d’une interdiction, pour l’appelant, de posséder ou de consommer des drogues non prescrites à des fins médicales.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Neilson, Bennett et Garson), 2015 BCCA 22, 367 B.C.A.C. 96*

[23] Les juges de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique ont unanimement rejeté l’appel interjeté par l’appelant à l’encontre de la peine. Au nom de la cour, la juge Garson a conclu que la peine imposée était [TRADUCTION] « juste dans les circonstances » (par. 1).

[24] La cour a accepté la position du ministère public selon laquelle il n’était pas nécessaire de décider du critère auquel il faut satisfaire pour écarter une recommandation conjointe. Selon la cour, le juge

range of sentence, and it was open to him to decline to give the appellant any credit for time spent in a mental health facility. Reading the trial judge's reasons as a whole, it was clear that he viewed the joint submission as neither fit, nor in the public interest, having regard to the risk to the public the appellant posed should he use illegal drugs and fail to comply with his treatment regime. In short, the court found no error in the trial judge's reasoning or in the sentence he imposed.

### III. Analysis

[25] It is an accepted and entirely desirable practice for Crown and defence counsel to agree to a joint submission on sentence in exchange for a plea of guilty. Agreements of this nature are commonplace and vitally important to the well-being of our criminal justice system, as well as our justice system at large. Generally, such agreements are unexceptional and they are readily approved by trial judges without any difficulty. Occasionally, however, a joint submission may appear to be unduly lenient, or perhaps unduly harsh, and trial judges are not obliged to go along with them (*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 606(1.1)(b)(iii)). In such cases, trial judges need a test against which to measure the acceptability of the joint submission. The question is: What test?

[26] Not unexpectedly, the answer is contentious. Provincial appellate courts across the country do not agree on a uniform test, nor do the parties or the various interveners who appeared before us. Minor variations aside, four possible tests or approaches emerge from the submissions we received.

[27] The first of these is the “fitness” test. Under this test, trial judges should give joint submissions serious consideration, but may depart from them if,

du procès n'avait pas commis d'erreur dans son appréciation de la fourchette des peines appropriée, et il pouvait refuser d'accorder à l'appelant un crédit pour le temps passé dans un établissement psychiatrique. Il ressort clairement des motifs du juge du procès dans leur ensemble qu'il estimait qu'il ne serait ni juste, ni dans l'intérêt public, qu'il impose la peine recommandée, eu égard au risque que l'appelant posait pour le public s'il consommait des drogues illicites et ne respectait pas son régime de traitement. Bref, la cour n'a constaté aucune erreur dans le raisonnement du juge du procès ou dans la peine qu'il avait imposée.

### III. Analyse

[25] Le fait, pour les avocats du ministère public et de la défense, de convenir d'une recommandation conjointe relative à la peine en échange d'un plaidoyer de culpabilité constitue une pratique acceptée et tout à fait souhaitable. Les ententes de cette nature sont monnaie courante, et elles sont essentielles au bon fonctionnement de notre système de justice pénale et de notre système de justice en général. Habituellement, de telles ententes n'ont rien d'exceptionnel, et les juges du procès les acceptent d'emblée. À l'occasion cependant, une recommandation conjointe peut sembler trop clémentement, ou peut-être trop sévère, et le juge du procès n'est pas tenu de l'accepter (*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, sous-al. 606(1.1)(b)(iii)). Dans de tels cas, les juges ont besoin d'un critère pour apprécier le caractère acceptable de la recommandation conjointe. La question se pose alors : quel critère appliquer?

[26] La réponse à cette question est controversée, et ce n'est guère surprenant. Les cours d'appel provinciales à travers le pays ne s'entendent pas sur un critère uniforme, les parties ainsi que les divers intervenants qui ont comparu devant nous non plus. Hormis quelques variations mineures, quatre critères ou approches possibles émergent des observations qui nous ont été présentées.

[27] Le premier de ces critères est celui de la « justesse ». Selon ce critère, les juges du procès devraient examiner sérieusement les recommandations

having regard to the circumstances of the case and the applicable sentencing principles, they conclude that the proposed sentence is not “fit”. Some provincial appellate courts use this test, most commonly in the western provinces (see, for example, *R. v. G.W.C.*, 2000 ABCA 333, 277 A.R. 20, at paras. 17-18; *R. v. Bezdan*, 2001 BCCA 215, 154 B.C.A.C. 122, at para. 15; *R. v. MacIvor*, 2003 NSCA 60, 215 N.S.R. (2d) 344, at para. 31). Crown counsel for the respondent urged us to adopt this test, arguing that it best reflects the trial judge’s duty to come to an independent decision regarding the appropriate sentence.

[28] The second test is also a “fitness” test, although of a different kind. It resembles the standard of review that appellate courts apply on sentencing appeals in circumstances where the sentence imposed by the trial judge is entitled to deference. Under this test, trial judges should not depart from a joint submission unless they conclude that the sentence proposed is “demonstrably unfit” (*R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, at para. 11). This is clearly a more stringent test than the simple “fitness” test. However, the parties did not point us to any appellate decisions that have adopted it, and I am aware of none.

[29] The third test, commonly referred to as the “public interest” test, was developed in the *Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993) (the “Martin Committee Report”).<sup>2</sup> Under this test, trial judges “should not depart from a joint submission unless the proposed sentence

<sup>2</sup> The Committee was commissioned in 1991 by the Hon. Howard Hampton, Attorney General of Ontario, to study the early stages of the criminal process, namely, charge screening, disclosure, and resolution or plea discussions. The Committee comprised leading members of the criminal bar, including both Crown and defence counsel, senior police officers, and other members of the community. Notably, it was chaired by the Hon. G. Arthur Martin, one of the foremost criminal law jurists in this country’s history.

conjointes, mais ils peuvent les écarter si, eu égard aux circonstances de l’affaire et aux principes applicables en matière de détermination de la peine, ils concluent que la peine proposée n’est pas « juste ». Certaines cours d’appel provinciales emploient ce critère, plus communément dans les provinces de l’Ouest (voir, par exemple, *R. c. G.W.C.*, 2000 ABCA 333, 277 A.R. 20, par. 17-18; *R. c. Bezdan*, 2001 BCCA 215, 154 B.C.A.C. 122, par. 15; *R. c. MacIvor*, 2003 NSCA 60, 215 N.S.R. (2d) 344, par. 31). L’avocat de l’intimée nous a recommandé avec insistance d’adopter ce critère, en faisant valoir qu’il reflète mieux le devoir du juge du procès de rendre une décision indépendante concernant la peine appropriée.

[28] Le deuxième critère est également un critère de « justesse », bien que d’un genre différent. Il ressemble à la norme de contrôle que les cours d’appel appliquent dans le cadre d’appels en matière de détermination de la peine, dans les cas où il faut faire montre de retenue à l’égard de la peine imposée par le juge du procès. Selon ce critère, le juge du procès ne devrait écarter une recommandation conjointe que s’il arrive à la conclusion que la peine proposée est « manifestement non indiquée » (*R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, par. 11). Il s’agit clairement d’un critère plus rigoureux que celui de la simple « justesse ». Toutefois, les parties ne nous ont signalé aucune décision d’appel l’ayant adopté, et je n’en connais aucune.

[29] Le troisième critère, appelé communément le critère de l’« intérêt public », a été élaboré dans un rapport ontarien intitulé *Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993), (le « rapport du comité Martin »)<sup>2</sup>. Selon ce critère, le juge du procès [TRADUCTION] « ne devrait écarter

<sup>2</sup> En 1991, l’hon. Howard Hampton, procureur général de l’Ontario, a chargé le comité d’étudier les premiers stades du processus criminel, à savoir le filtrage des accusations, la communication de la preuve ainsi que les discussions en vue d’un règlement ou d’un plaidoyer. Le comité était composé de membres éminents du barreau spécialisés en droit criminel, y compris des avocats du ministère public et de la défense, des agents de police supérieurs et d’autres membres de la collectivité. Il était notamment présidé par l’hon. G. Arthur Martin, un des criminalistes les plus éminents dans l’histoire du pays.

would bring the administration of justice into disrepute, or is otherwise not in the public interest” (p. 327 (emphasis deleted)). This test has also been adopted by a number of provincial appellate courts (see, for example, *R. v. Dorsey* (1999), 123 O.A.C. 342, at para. 11; *R. v. Druken*, 2006 NLCA 67, 261 Nfld. & P.E.I.R. 271, at para. 29; *R. v. Nome*, 2002 BCCA 468, 172 B.C.A.C. 183, at paras. 13-14). The appellant supports this test, largely because it provides “a high threshold and is intended to foster confidence in an accused, who has given up his right to a trial, that the joint submission he obtained in return for a plea of guilty will be respected by the sentencing judge” (*R. v. Cerasuolo* (2001), 151 C.C.C. (3d) 445 (Ont. C.A.), at para. 8).

[30] And, finally, some courts, most notably in Quebec, treat the fitness and public interest tests as essentially the same, and use the language of the two tests interchangeably (though in Quebec “reasonableness” is used in place of “fitness”: see, for example, *R. v. Douglas* (2002), 162 C.C.C. (3d) 37 (C.A.), at para. 51; *R. v. Dion*, 2015 QCCA 1826, at para. 14 (CanLII); *R. v. Dumont*, 2013 QCCA 576, at para. 12 (CanLII); *R. v. Mailhot*, 2013 QCCA 870, at para. 7 (CanLII)). Perhaps the best example of this is found in *Douglas*, an oft-referred to decision of the Quebec Court of Appeal in which Fish J.A. (as he then was) said:

In my view, a reasonable joint submission cannot be said to “bring the administration of justice into disrepute”. An unreasonable joint submission, on the other hand, is surely “contrary to the public interest”. Accordingly, though it is purposively framed in striking and evocative terms, I do not believe that the [public interest test] departs substantially from the test of reasonableness articulated by other courts, including our own. Their shared conceptual foundation is that the interests of justice are well served by the acceptance of a joint submission on sentence accompanied by a negotiated plea of guilty — provided, of course, that the sentence jointly proposed falls within the acceptable range and the plea

une recommandation conjointe que si la peine proposée est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice ou si elle n’est pas par ailleurs dans l’intérêt public » (p. 327 (italique omis)). Un certain nombre de cours d’appel provinciales ont aussi adopté ce critère (voir, par exemple, *R. c. Dorsey* (1999), 123 O.A.C. 342, par. 11; *R. c. Druken*, 2006 NLCA 67, 261 Nfld. & P.E.I.R. 271, par. 29; *R. c. Nome*, 2002 BCCA 468, 172 B.C.A.C. 183, par. 13-14). L’appelant appuie ce critère, en raison principalement du fait qu’il prévoit [TRADUCTION] « un seuil élevé et vise à inspirer, chez l’accusé qui a renoncé à son droit à un procès, la confiance que la recommandation conjointe qu’il a obtenue en retour d’un plaidoyer de culpabilité sera respectée par le juge chargé de la détermination de la peine » (*R. c. Cerasuolo* (2001), 151 C.C.C. (3d) 445 (C.A. Ont.), par. 8).

[30] Enfin, certains tribunaux, notamment au Québec, estiment que le critère de la justesse et celui de l’intérêt public sont essentiellement le même et emploient leur formulation de manière interchangeable (bien qu’au Québec, le critère du « caractère raisonnable » soit utilisé au lieu de celui de la « justesse » : voir, par exemple, *R. c. Douglas* (2002), 162 C.C.C. (3d) 37 (C.A.), par. 51; *R. c. Dion*, 2015 QCCA 1826, par. 14 (CanLII); *R. c. Dumont*, 2013 QCCA 576, par. 12 (CanLII); *R. c. Mailhot*, 2013 QCCA 870, par. 7 (CanLII)). Le meilleur exemple peut-être de ce double emploi se trouve dans *Douglas*, un arrêt maintes fois cité de la Cour d’appel du Québec où le juge Fish (plus tard juge de notre Cour) a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] À mon avis, on ne saurait dire qu’une recommandation conjointe raisonnable « déconsidère l’administration de la justice ». Par contre, une recommandation conjointe déraisonnable est sûrement « contraire à l’intérêt public ». En conséquence, bien qu’il soit formulé à dessein en termes frappants et évocateurs, je ne crois pas que le [critère de l’intérêt public] s’écarte considérablement de celui du caractère raisonnable énoncé par d’autres cours, dont la nôtre. Selon leur assise conceptuelle commune, l’acceptation d’une recommandation conjointe relative à la peine qui s’accompagne d’un plaidoyer de culpabilité négocié sert bien l’intérêt de la justice — pourvu, bien sûr, que la peine

is warranted by the facts admitted. [Endnote omitted; para. 51.]

[31] Having considered the various options, I believe that the public interest test, as amplified in these reasons, is the proper test. It is more stringent than the other tests proposed and it best reflects the many benefits that joint submissions bring to the criminal justice system and the corresponding need for a high degree of certainty in them. Moreover, it is distinct from the “fitness” tests used by trial judges and appellate courts in conventional sentencing hearings and, in that sense, helps to keep trial judges focused on the unique considerations that apply when assessing the acceptability of a joint submission. To the extent *Douglas* holds otherwise, I am respectfully of the view that it is wrongly decided and should not be followed.

#### A. *The Proper Test*

[32] Under the public interest test, a trial judge should not depart from a joint submission on sentence unless the proposed sentence would bring the administration of justice into disrepute or is otherwise contrary to the public interest. But, what does this threshold mean? Two decisions from the Newfoundland and Labrador Court of Appeal are helpful in this regard.

[33] In *Druken*, at para. 29, the court held that a joint submission will bring the administration of justice into disrepute or be contrary to the public interest if, despite the public interest considerations that support imposing it, it is so “markedly out of line with the expectations of reasonable persons aware of the circumstances of the case that they would view it as a break down in the proper functioning of the criminal justice system”. And, as stated by the same court in *R. v. B.O.2*, 2010 NLCA 19, at para. 56 (CanLII), when assessing a joint submission, trial judges should “avoid rendering a decision that

recommandée conjointement se situe à l’intérieur des limites acceptables et que le plaidoyer soit justifié par les faits admis. [Note en fin d’ouvrage omise; par. 51.]

[31] Après avoir examiné les diverses possibilités, je crois que le critère de l’intérêt public, tel qu’il est développé dans les présents motifs, est celui qui s’impose. Il est plus rigoureux que les autres critères proposés et il reflète le mieux les nombreux avantages que les recommandations conjointes apportent au système de justice pénale ainsi que le besoin correspondant d’un degré de certitude élevé que ces recommandations seront acceptées. De plus, il diffère des critères de « justesse » employés par les juges du procès et les cours d’appel dans les audiences classiques en matière de détermination de la peine et, en ce sens, il aide les juges du procès à se concentrer sur les considérations particulières qui s’appliquent lors de l’appréciation du caractère acceptable d’une recommandation conjointe. Dans la mesure où l’arrêt *Douglas* prescrit le contraire, j’estime avec égards qu’il est mal fondé et qu’il ne devrait pas être suivi.

#### A. *Le critère approprié*

[32] Selon le critère de l’intérêt public, un juge du procès ne devrait pas écarter une recommandation conjointe relative à la peine, à moins que la peine proposée soit susceptible de déconsidérer l’administration de la justice ou qu’elle soit par ailleurs contraire à l’intérêt public. Mais que signifie ce seuil? Deux arrêts de la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador sont utiles à cet égard.

[33] Dans *Druken*, par. 29, la cour a jugé qu’une recommandation conjointe déconsidérera l’administration de la justice ou sera contraire à l’intérêt public si, malgré les considérations d’intérêt public qui appuient l’imposition de la peine recommandée, elle [TRADUCTION] « correspond si peu aux attentes des personnes raisonnables instruites des circonstances de l’affaire que ces dernières estimerait qu’elle fait échec au bon fonctionnement du système de justice pénale ». Et, comme l’a déclaré la même cour dans *R. c. B.O.2*, 2010 NLCA 19, par. 56 (CanLII), lorsqu’ils examinent une recommandation conjointe, les

causes an informed and reasonable public to lose confidence in the institution of the courts”.

[34] In my view, these powerful statements capture the essence of the public interest test developed by the Martin Committee. They emphasize that a joint submission should not be rejected lightly, a conclusion with which I agree. Rejection denotes a submission so unhinged from the circumstances of the offence and the offender that its acceptance would lead reasonable and informed persons, aware of all the relevant circumstances, including the importance of promoting certainty in resolution discussions, to believe that the proper functioning of the justice system had broken down. This is an undeniably high threshold — and for good reason, as I shall explain.

#### B. *Why a Stringent Test Is Required*

[35] Guilty pleas in exchange for joint submissions on sentence are a “proper and necessary part of the administration of criminal justice” (Martin Committee Report, at p. 290). When plea resolutions are “properly conducted [they] benefit not only the accused, but also victims, witnesses, counsel, and the administration of justice generally” (*ibid.*, at p. 281 (emphasis deleted)).

[36] Accused persons benefit by pleading guilty in exchange for a joint submission on sentence (see D. Layton and M. Proulx, *Ethics and Criminal Law* (2nd ed. 2015), at p. 436). The most obvious benefit is that the Crown agrees to recommend a sentence that the accused is prepared to accept. This recommendation is likely to be more lenient than the accused might expect after a trial and/or contested sentencing hearing. Accused persons who plead guilty promptly are able to minimize the stress and legal costs associated with trials. Moreover, for those who are truly remorseful, a guilty plea offers an opportunity to begin making amends. For many accused, maximizing certainty as to the outcome is

juges du procès devraient [TRADUCTION] « éviter de rendre une décision qui fait perdre au public renseigné et raisonnable sa confiance dans l’institution des tribunaux ».

[34] À mon avis, ces déclarations fermes traduisent l’essence du critère de l’intérêt public élaboré par le comité Martin. Elles soulignent qu’il ne faudrait pas rejeter trop facilement une recommandation conjointe, une conclusion à laquelle je souscris. Le rejet dénote une recommandation à ce point dissociée des circonstances de l’infraction et de la situation du contrevenant que son acceptation amènerait les personnes renseignées et raisonnables, au fait de toutes les circonstances pertinentes, y compris l’importance de favoriser la certitude dans les discussions en vue d’un règlement, à croire que le système de justice avait cessé de bien fonctionner. Il s’agit indéniablement d’un seuil élevé — et à juste titre, comme je l’explique ci-après.

#### B. *Motifs à l’appui d’un critère rigoureux*

[35] Les plaidoyers de culpabilité consentis en échange de recommandations conjointes relatives à la peine constituent une [TRADUCTION] « partie appropriée et nécessaire de l’administration de la justice criminelle » (rapport du comité Martin, p. 290). Lorsque les ententes sur le plaidoyer sont « menées correctement, [elles] sont bénéfiques non seulement pour les accusés, mais aussi pour les victimes, les témoins, les avocats et l’administration de la justice en général » (*ibid.*, p. 281 (italique omis)).

[36] Les personnes accusées tirent un avantage à plaider coupable en échange d’une recommandation conjointe relative à la peine (voir D. Layton et M. Proulx, *Ethics and Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 2015), p. 436). L’avantage le plus évident est le fait que le ministère public accepte de recommander une peine que l’accusé est disposé à accepter. Cette recommandation est susceptible d’être plus clémentine que ce à quoi l’accusé pourrait s’attendre à l’issue d’un procès ou d’une audience de détermination de la peine contestée. Les personnes accusées qui plaident coupables rapidement sont en mesure de minimiser le stress et les frais liés aux procès. De plus, pour ceux qui éprouvent des remords sincères,

crucial — and a joint submission, though not inviolable, offers considerable comfort in this regard.

[37] The Martin Committee recognized this. As it noted at p. 328 of its report, the most important factor in the “ability to conclude resolution agreements, thereby deriving the benefits that such agreements bring, is that of certainty”. Generally speaking, accused persons will not give up their right to a trial on the merits, and all the procedural safeguards it entails, unless they have “some assurance that [trial judges] will in most instances honour agreements entered into by the Crown” (*Cerasuolo*, at para. 9).

[38] The Crown also relies on the certainty of joint submissions. Agreements that are certain are attractive to the Crown “because there is less risk that what Crown counsel concludes is an appropriate resolution of the case in the public interest will be undercut” (Martin Committee Report, at p. 328).

[39] From the Crown’s perspective, the certain or near certain acceptance of joint submissions on sentence offers several potential benefits. First, the guarantee of a conviction that comes with a guilty plea makes resolution desirable (Martin Committee Report, at pp. 285-86). The Crown’s case may suffer from flaws, such as an unwilling witness, a witness of dubious worth, or evidence that is potentially inadmissible — problems that can lead to an acquittal. By agreeing to a joint submission in exchange for a guilty plea, the Crown avoids this risk. Second, the accused may have information or testimony to offer the Crown that can prove invaluable to other investigations or prosecutions. But this information may not be forthcoming absent an agreement as to a joint submission. Third, the Crown may consider it best to resolve a particular case for the benefit of victims

un plaidoyer de culpabilité offre une occasion de commencer à reconnaître leurs torts. Pour de nombreux accusés, il est crucial de favoriser au plus haut point la certitude quant au résultat — et une recommandation conjointe, même si elle n’est pas inviolable, offre à cet égard une assurance considérable.

[37] C’est ce que le comité Martin a reconnu. Comme on le fait remarquer à la p. 328 de son rapport, le facteur le plus important dans la [TRADUCTION] « possibilité de conclure des ententes de règlement, en tirant ainsi les avantages qu’offrent de telles ententes, est celui de la certitude ». De façon générale, les personnes accusées ne renonceront pas à leur droit à un procès sur le fond, et à toutes les garanties procédurales que suppose celui-ci, à moins qu’elles aient [TRADUCTION] « une certaine assurance que [les juges du procès] honoreront, dans la plupart des cas, les ententes conclues par le ministère public » (*Cerasuolo*, par. 9).

[38] Le ministère public s’appuie également sur la certitude qu’offrent les recommandations conjointes. Les ententes qui ont un caractère de certitude sont attrayantes pour le ministère public [TRADUCTION] « parce qu’il y a moins de risques que soit rejeté ce que l’avocat du ministère public estime être un règlement approprié de l’affaire dans l’intérêt public » (rapport du comité Martin, p. 328).

[39] Du point de vue du ministère public, l’acceptation certaine, ou presque certaine, de recommandations conjointes relatives à la peine offre plusieurs avantages potentiels. Premièrement, la garantie d’une déclaration de culpabilité qui accompagne un plaidoyer de culpabilité rend le règlement souhaitable (rapport du comité Martin, p. 285-286). Il peut y avoir des failles dans le dossier du ministère public, comme un témoin réticent, un témoin de valeur douteuse ou un élément de preuve potentiellement inadmissible — des problèmes pouvant mener à un acquittement. En convenant d’une recommandation conjointe en échange d’un plaidoyer de culpabilité, le ministère public évite ce risque. Deuxièmement, l’accusé peut avoir des renseignements ou un témoignage à offrir au ministère public pouvant s’avérer inestimable dans le cadre

or witnesses. When an accused pleads guilty in exchange for a joint submission on sentence, victims and witnesses are spared the “the emotional cost of a trial” (*R. v. Edgar*, 2010 ONCA 529, 101 O.R. (3d) 161, at para. 111). Moreover, victims may obtain some comfort from a guilty plea, given that it “indicates an accused’s acknowledgement of responsibility and may amount to an expression of remorse” (*ibid.*).

[40] In addition to the many benefits that joint submissions offer to participants in the criminal justice system, they play a vital role in contributing to the administration of justice at large. The prospect of a joint submission that carries with it a high degree of certainty encourages accused persons to enter a plea of guilty. And guilty pleas save the justice system precious time, resources, and expenses, which can be channeled into other matters. This is no small benefit. To the extent that they avoid trials, joint submissions on sentence permit our justice system to function more efficiently. Indeed, I would argue that they permit it to function. Without them, our justice system would be brought to its knees, and eventually collapse under its own weight.

[41] But as I have said, for joint submissions to be possible, the parties must have a high degree of confidence that they will be accepted. Too much doubt and the parties may choose instead to accept the risks of a trial or a contested sentencing hearing. The accused in particular will be reluctant to forgo a trial with its attendant safeguards, including the crucial ability to test the strength of the Crown’s case, if joint submissions come to be seen as an insufficiently certain alternative.

d’autres enquêtes ou poursuites. Ces renseignements peuvent cependant ne pas être communiqués s’il n’y a pas d’entente sur une recommandation conjointe. Troisièmement, le ministère public peut considérer qu’il vaut mieux régler un dossier donné dans l’intérêt des victimes ou des témoins. Lorsqu’un accusé plaide coupable en échange d’une recommandation conjointe relative à la peine, on épargne aux victimes et aux témoins [TRADUCTION] « le coût, au plan émotionnel, d’un procès » (*R. c. Edgar*, 2010 ONCA 529, 101 O.R. (3d) 161, par. 111). De plus, les victimes peuvent trouver du réconfort dans un plaidoyer de culpabilité, étant donné que cela « indique que l’accusé reconnaît sa responsabilité et peut équivaloir à une expression de remords » (*ibid.*).

[40] En plus des nombreux avantages que les recommandations conjointes offrent aux participants dans le système de justice pénale, elles jouent un rôle vital en contribuant à l’administration de la justice en général. La perspective d’une recommandation conjointe qui comporte un degré de certitude élevé encourage les personnes accusées à enregistrer un plaidoyer de culpabilité. Et les plaidoyers de culpabilité font économiser au système de justice des ressources et un temps précieux qui peuvent être alloués à d’autres affaires. Il ne s’agit pas là d’un léger avantage. Dans la mesure où elles font éviter des procès, les recommandations conjointes relatives à la peine permettent à notre système de justice de fonctionner plus efficacement. Je dirais en fait qu’elles lui permettent de fonctionner. Sans elles, notre système de justice serait mis à genoux, et s’effondrerait finalement sous son propre poids.

[41] Cependant, comme je l’ai mentionné, la présentation de recommandations conjointes ne reste possible que si les parties sont très confiantes qu’elles seront acceptées. Si elles doutent trop, les parties peuvent plutôt choisir d’accepter les risques d’un procès ou d’une audience de détermination de la peine contestée. Si les recommandations conjointes en viennent à être considérées comme des solutions de rechange insuffisamment sûres, l’accusé en particulier hésitera à renoncer à un procès et à ses garanties concomitantes, notamment la faculté cruciale de mettre à l’épreuve la solidité de la preuve du ministère public.

[42] Hence, the importance of trial judges exhibiting restraint, rejecting joint submissions only where the proposed sentence would be viewed by reasonable and informed persons as a breakdown in the proper functioning of the justice system. A lower threshold than this would cast the efficacy of resolution agreements into too great a degree of uncertainty. The public interest test ensures that these resolution agreements are afforded a high degree of certainty.

[43] At the same time, this test also recognizes that certainty of outcome is not “the ultimate goal of the sentencing process. Certainty must yield where the harm caused by accepting the joint submission is beyond the value gained by promoting certainty of result” (*R. v. DeSousa*, 2012 ONCA 254, 109 O.R. (3d) 792, per Doherty J.A., at para. 22).

[44] Finally, I note that a high threshold for departing from joint submissions is not only necessary to obtain all the benefits of joint submissions, it is appropriate. Crown and defence counsel are well placed to arrive at a joint submission that reflects the interests of both the public and the accused (Martin Committee Report, at p. 287). As a rule, they will be highly knowledgeable about the circumstances of the offender and the offence and the strengths and weaknesses of their respective positions. The Crown is charged with representing the community’s interest in seeing that justice is done (*R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 616). Defence counsel is required to act in the accused’s best interests, which includes ensuring that the accused’s plea is voluntary and informed (see, for example, Law Society of British Columbia, *Code of Professional Conduct for British Columbia* (online), rule 5.1-8). And both counsel are bound professionally and ethically not to mislead the court (*ibid.*, rule 2.1-2(c)). In short, they are entirely capable of arriving at resolutions that are fair and consistent with the public interest (Martin Committee Report, at p. 287).

[42] D’où l’importance, pour les juges du procès, de faire montre de retenue et de ne rejeter les recommandations conjointes que lorsque des personnes renseignées et raisonnables estimerait que la peine proposée fait échec au bon fonctionnement du système de justice. Un seuil moins élevé que celui-ci jetterait trop d’incertitude sur l’efficacité des ententes de règlement. Le critère de l’intérêt public garantit que ces ententes de règlement jouissent d’un degré de certitude élevé.

[43] En même temps, ce critère reconnaît également que la certitude quant au résultat n’est pas [TRADUCTION] « l’objectif ultime du processus de détermination de la peine. La certitude doit céder le pas lorsque le préjudice qu’entraîne l’acceptation de la recommandation conjointe est plus important que les avantages que procure la promotion de la certitude quant au résultat » (*R. c. DeSousa*, 2012 ONCA 254, 109 O.R. (3d) 792, le juge Doherty, par. 22).

[44] Enfin, je fais remarquer qu’un seuil élevé pour écarter des recommandations conjointes est non seulement nécessaire, mais également approprié, afin que l’on retire tous les avantages des recommandations conjointes. Les avocats du ministère public et de la défense sont bien placés pour en arriver à une recommandation conjointe qui reflète tant les intérêts du public que ceux de l’accusé (rapport du comité Martin, p. 287). En principe, ils connaîtront très bien la situation du contrevenant et les circonstances de l’infraction, ainsi que les forces et les faiblesses de leurs positions respectives. Le ministère public est chargé de représenter l’intérêt de la collectivité à faire en sorte que justice soit rendue (*R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, p. 616). On exige de l’avocat de la défense qu’il agisse dans l’intérêt supérieur de l’accusé, et il doit notamment s’assurer que le plaidoyer de celui-ci soit donné de façon volontaire et éclairée (voir, par exemple, Law Society of British Columbia, *Code of Professional Conduct for British Columbia* (en ligne), règle 5.1-8). Et les deux avocats sont tenus, sur le plan professionnel et éthique, de ne pas induire le tribunal en erreur (*ibid.*, règle 2.1-2(c)). Bref, ils sont entièrement capables d’arriver à des règlements équitables et conformes à l’intérêt public (rapport du comité Martin, p. 287).

[45] Bearing in mind these benefits and the need for certainty, I turn to the other tests proposed by the respondent Crown and some of the interveners.

C. *The Fitness of Sentence and Demonstrably Unfit Tests Should Be Rejected*

[46] As indicated, the position of the respondent is that while trial judges should give serious consideration to joint submissions, such submissions may be rejected on a simple “fitness” test. With respect, this test is not sufficiently stringent. Under it, trial judges must ask what a fit or appropriate sentence *would be*, instead of asking whether *the sentence proposed* would be viewed by reasonable and informed persons as a breakdown in the proper functioning of the justice system. In short, the “fitness” test does not direct trial judges to approach joint submissions from a position of restraint. Rather, it sends a different, and in my view, a wrong signal: that they may interfere if they have a different view of what a “fit” sentence would be. If trial judges were free to interfere on this basis, the result would be to “effectively eliminate the use of plea bargaining as part of the criminal prosecution process” (*R. v. Oxford*, 2010 NLCA 45, 299 Nfld. & P.E.I.R. 327, at para. 55).

[47] While the “demonstrably unfit” test used by appellate courts is undoubtedly a higher threshold than the simple “fitness” test, in rare cases, this threshold may not be sufficiently robust for the joint submission context. I would not rule out the possibility that a sentence which would otherwise be considered demonstrably unfit absent a joint submission may nonetheless be acceptable in the context of one. For example, take the case of an accused involved in a very serious crime that the Crown may have difficulty proving because of deficiencies in its case. The accused agrees to plead guilty, and to assist the Crown in prosecuting his co-conspirators for this and other more serious offences. The Crown might reasonably conclude that it is in the public interest to agree, by way of a joint

[45] Gardant à l’esprit ces avantages, de même que le besoin de certitude, j’aborde maintenant les autres critères que proposent le ministère public intimé et certains des intervenants.

C. *Les critères de la justesse de la peine et de la peine manifestement non indiquée devraient être rejetés*

[46] J’ai déjà indiqué que, selon la position de l’intimée, les juges du procès devraient examiner avec soin les recommandations conjointes, mais ces dernières peuvent être rejetées suivant le simple critère de la « justesse ». Avec égards, ce critère n’est pas assez rigoureux. Suivant ce critère, le juge du procès doit se demander ce que *serait* une juste peine ou une peine appropriée, au lieu de se demander si des personnes renseignées et raisonnables estimerait que *la peine proposée* fait échec au bon fonctionnement du système de justice. Bref, le critère de la « justesse » de la peine n’enjoint pas au juge du procès d’approcher avec retenue les recommandations conjointes. Il envoie plutôt un signal différent et, à mon avis, erroné : le juge peut intervenir s’il diffère d’opinion quant à ce que serait une « juste » peine. Si le juge du procès avait la liberté d’intervenir sur ce fondement, il en résulterait une [TRADUCTION] « suppression du recours à la négociation de plaidoyers dans le cadre du processus de poursuite criminelle » (*R. c. Oxford*, 2010 NLCA 45, 299 Nfld. & P.E.I.R. 327, par. 55).

[47] Bien que le critère de la peine « manifestement non indiquée » appliqué par les cours d’appel soit indubitablement un seuil plus élevé que le simple critère de la « justesse » de la peine, dans de rares cas, ce seuil peut ne pas être suffisamment souple dans le cadre de la recommandation conjointe. Je n’écarterais pas la possibilité qu’une peine, qui serait par ailleurs considérée comme manifestement non indiquée en l’absence d’une recommandation conjointe, puisse néanmoins être acceptable lorsqu’elle est recommandée. Par exemple, prenons le cas d’un accusé impliqué dans un crime très grave dont la preuve peut s’avérer difficile pour le ministère public en raison de lacunes dans son dossier. L’accusé accepte de plaider coupable et d’aider le ministère public dans la poursuite contre

submission, to a very lenient sentence in order to obtain the accused's guilty plea and his assistance. In short, a very lenient, even "demonstrably unfit" sentence may, in a particular case, serve the greater good.

[48] Further, both the fitness test and the appellate "demonstrably unfit" test suffer from a similar flaw: they are designed for different contexts. As such, there is an appreciable risk that the approaches which apply to conventional sentencing hearings or sentencing appeals will be conflated with the approach that must be adhered to on a joint submission. In conventional sentencing hearings, trial judges look at the circumstances of the offender and the offence, and the applicable sentencing principles. They are not asked to consider the critical systemic benefits that flow from joint submissions, namely, the ability of the justice system to function fairly and efficiently. Similarly, appellate courts are not bound to consider these systemic benefits on a conventional sentencing appeal. The public interest test avoids these pitfalls.

#### D. *Guidance for Trial Judges*

[49] Finally, I would offer some brief guidance to trial judges on the approach they should follow when they are troubled by a joint submission on sentence.

[50] Courts across the country are generally in agreement on the procedure judges should follow when they are inclined to depart from a joint submission (see, for example, *B.O.2*, at paras. 74-82; *R. v. Sinclair*, 2004 MBCA 48, 185 C.C.C. (3d) 569, at para. 17; *G.W.C.*, at para. 26). The parties and interveners emphasize the importance of procedure. It

ses coconspirateurs pour cette infraction et d'autres encore plus graves. Le ministère public pourrait raisonnablement conclure qu'il est dans l'intérêt public de donner son adhésion, au moyen d'une recommandation conjointe, à une peine très clémente, dans le but d'obtenir le plaidoyer de culpabilité de l'accusé ainsi que son assistance. En résumé, une peine très clémente, même si elle est « manifestement non indiquée », peut, dans une affaire donnée, servir le bien commun.

[48] En outre, le critère de la justesse ainsi que celui de la peine « manifestement non indiquée » appliqué en cour d'appel comportent tous deux une faille semblable : ils sont conçus pour des contextes différents. Il existe donc un risque appréciable que les méthodes appliquées lors des audiences ou des appels classiques en matière de détermination de la peine soient confondues avec celle qu'il faut appliquer dans le cas d'une recommandation conjointe. Dans le cadre des audiences classiques de détermination de la peine, les juges du procès examinent la situation du contrevenant et les circonstances de l'infraction, de même que les principes applicables à la détermination de la peine. Il ne leur est pas demandé de tenir compte de l'avantage, crucial pour le système, qui découle des recommandations conjointes, à savoir la capacité du système de justice de fonctionner équitablement et efficacement. De même, les cours d'appel n'ont pas l'obligation de prendre en considération cet avantage systémique dans le cadre d'un appel classique en matière de détermination de la peine. Le critère de l'intérêt public permet d'éviter ces pièges.

#### D. *Indications à l'intention des juges du procès*

[49] Enfin, voici à l'intention des juges du procès quelques indications sur l'approche qu'ils devraient suivre lorsqu'une recommandation conjointe relative à la peine les préoccupe.

[50] Dans l'ensemble, les tribunaux de partout au pays s'entendent sur la procédure qu'un juge devrait suivre quand il est enclin à écarter une recommandation conjointe (voir, par exemple, *B.O.2*, par. 74-82; *R. c. Sinclair*, 2004 MBCA 48, 185 C.C.C. (3d) 569, par. 17; *G.W.C.*, par. 26). Les parties et les intervenants insistent sur l'importance de la procédure. Elle

ensures that joint submissions are given proper consideration, and that accused persons — who have already entered a plea of guilty — are treated fairly. The following procedures reflect practical wisdom gained from the experience of our trial and appellate courts. They are meant to apply only to those cases where the joint submission is contentious and raises concerns with the trial judge. As I mentioned earlier, most joint submissions are unexceptional and are readily approved by trial judges without any difficulty.<sup>3</sup>

[51] First, trial judges should approach the joint submission on an “as-is” basis. That is to say, the public interest test applies whether the judge is considering varying the proposed sentence or adding something to it that the parties have not mentioned, for example, a probation order. If the parties have not asked for a particular order, the trial judge should assume that it was considered and excluded from the joint submission. However, if counsel have neglected to include a mandatory order, the judge should not hesitate to inform counsel. The need for certainty in joint submissions cannot justify failing to impose a mandatory order.

[52] Second, trial judges should apply the public interest test when they are considering “jumping” or “undercutting” a joint submission (*DeSousa*, per Doherty J.A.). That is not to say that the analysis will be the same in either case. On the contrary, from the accused’s perspective, “undercutting” does not engage concerns about fair trial rights or undermine confidence in the certainty of plea negotiations. In

<sup>3</sup> As indicated, these reasons do not address sentencing flowing from plea agreements in which the parties are not in full agreement as to the appropriate sentence. In other instances, the Crown and accused may negotiate sentencing positions that reflect partial agreement or an agreed upon range. Such arrangements may involve a comparable *quid pro quo*. In such circumstances, it may be that similar considerations would apply where a trial judge is, for instance, inclined to exceed the ceiling proposed by the Crown, but we leave that question for another day.

fait en sorte que le juge tiendra compte des recommandations conjointes, et que les personnes accusées — qui ont déjà enregistré un plaidoyer de culpabilité — soient traitées avec équité. La procédure qui suit reflète la sagesse pratique que nos tribunaux de première instance et d’appel ont acquise par l’expérience. Elle n’est censée s’appliquer qu’aux affaires dans lesquelles la recommandation conjointe est controversée et soulève des préoccupations pour le juge du procès. Comme je l’ai déjà mentionné, la plupart des recommandations conjointes n’ont rien d’exceptionnel et sont facilement approuvées d’emblée par les juges du procès<sup>3</sup>.

[51] Premièrement, les juges du procès devraient aborder la recommandation conjointe telle qu’elle leur est présentée. Autrement dit, le critère de l’intérêt public s’applique, que le juge envisage de modifier la peine recommandée ou d’y ajouter quelque chose dont les parties n’ont pas fait mention, par exemple une ordonnance de probation. Si les parties n’ont pas sollicité une ordonnance en particulier, le juge devrait supposer qu’elle a été examinée et exclue de la recommandation conjointe. Toutefois, si les avocats ont omis d’inclure une ordonnance impérative, le juge ne devrait pas hésiter à les en informer. Le besoin de certitude dans le contexte des recommandations conjointes ne peut justifier l’omission d’imposer une ordonnance impérative.

[52] Deuxièmement, les juges du procès doivent appliquer le critère de l’intérêt public lorsqu’ils envisagent d’infliger une peine plus lourde ou plus clémente que celle recommandée conjointement (*DeSousa*, le juge Doherty). Cela ne veut pas dire pour autant que l’analyse sera la même dans les deux cas. Au contraire, du point de vue de l’accusé, l’infligation d’une peine plus clémente ne suscite pas

<sup>3</sup> J’ai déjà indiqué que les présents motifs ne traitent pas de la peine qui découle d’une entente sur le plaidoyer où les parties ne sont pas entièrement d’accord au sujet de la peine appropriée. Dans d’autres cas, le ministère public et l’accusé peuvent négocier des avis en matière de détermination de la peine qui traduisent un accord partiel ou une fourchette de peines convenue. De tels arrangements peuvent comporter une contrepartie analogue. Dans une telle situation, des considérations semblables peuvent s’appliquer lorsque le juge du procès est, par exemple, enclin à infliger une peine plus lourde que la peine maximale proposée par le ministère public, mais nous reportons à plus tard l’examen de cette question.

addition, in assessing whether the severity of a joint submission would offend the public interest, trial judges should be mindful of the power imbalance that may exist between the Crown and defence, particularly where the accused is self-represented or in custody at the time of sentencing. These factors may temper the public interest in certainty and justify “undercutting” in limited circumstances. At the same time, where the trial judge is considering “undercutting”, he or she should bear in mind that the community’s confidence in the administration of justice may suffer if an accused enjoys the benefits of a joint submission without having to serve the agreed-upon sentence (see *DeSousa*, at paras. 23-24).

[53] Third, when faced with a contentious joint submission, trial judges will undoubtedly want to know about the circumstances leading to the joint submission — and in particular, any benefits obtained by the Crown or concessions made by the accused. The greater the benefits obtained by the Crown, and the more concessions made by the accused, the more likely it is that the trial judge should accept the joint submission, even though it may appear to be unduly lenient. For example, if the joint submission is the product of an agreement by the accused to assist the Crown or police, or an evidentiary weakness in the Crown’s case, a very lenient sentence might not be contrary to the public interest. On the other hand, if the joint submission resulted only from the accused’s realization that conviction was inevitable, the same sentence might cause the public to lose confidence in the criminal justice system.

[54] Counsel should, of course, provide the court with a full account of the circumstances of the offender, the offence, and the joint submission without waiting for a specific request from the trial

chez lui de préoccupations relativement au droit à un procès équitable, ni ne mine sa confiance envers la certitude des négociations sur le plaidoyer. De plus, quand il se demande si la sévérité d’une peine recommandée conjointement irait à l’encontre de l’intérêt public, le juge du procès doit être conscient de l’inégalité du rapport de force qu’il peut y avoir entre le ministère public et la défense, surtout lorsque l’accusé n’est pas représenté par avocat ou est détenu au moment de la détermination de la peine. Ces facteurs peuvent atténuer l’intérêt qu’a le public dans la certitude et justifier l’imposition d’une peine plus clémente dans des circonstances limitées. Par contre, lorsque le juge du procès envisage d’infliger une peine plus clémente, il doit se rappeler que la confiance de la société envers l’administration de la justice risque d’en souffrir si un accusé profite des avantages d’une recommandation conjointe sans avoir à purger la peine convenue (voir *DeSousa*, par. 23-24).

[53] Troisièmement, en présence d’une recommandation conjointe controversée, le juge du procès voudra sans aucun doute connaître les circonstances à l’origine de la recommandation conjointe, en particulier tous les avantages obtenus par le ministère public ou toutes les concessions faites par l’accusé. Plus les avantages obtenus par le ministère public sont grands, et plus l’accusé fait de concessions, plus il est probable que le juge du procès doive accepter la recommandation conjointe, même si celle-ci peut paraître trop clémente. Par exemple, si la recommandation conjointe est le fruit d’une entente par laquelle l’accusé s’engage à prêter main-forte au ministère public ou à la police, ou si elle reflète une faille dans la preuve du ministère public, une peine très clémente peut ne pas être contraire à l’intérêt public. Par contre, si la recommandation conjointe ne découlait que du constat de l’accusé qu’une déclaration de culpabilité était inévitable, la même peine pourrait faire perdre au public la confiance que lui inspire le système de justice pénale.

[54] Les avocats doivent évidemment donner au tribunal un compte rendu complet de la situation du contrevenant, des circonstances de l’infraction ainsi que de la recommandation conjointe sans attendre

judge. As trial judges are obliged to depart only rarely from joint submissions, there is a “corollary obligation upon counsel” to ensure that they “amply justify their position on the facts of the case as presented in open court” (Martin Committee Report, at p. 329). Sentencing — including sentencing based on a joint submission — cannot be done in the dark. The Crown and the defence must “provide the trial judge not only with the proposed sentence, but with a full description of the facts relevant to the offender and the offence”, in order to give the judge “a proper basis upon which to determine whether [the joint submission] should be accepted” (*DeSousa*, at para. 15; see also *Sinclair*, at para. 14).

[55] This is not to say that counsel must inform the trial judge of “their negotiating positions or the substance of their discussions leading to the agreement” (*R. v. Tkachuk*, 2001 ABCA 243, 293 A.R. 171, at para. 34). But counsel must be able to inform the trial judge why the proposed sentence would not bring the administration of justice into disrepute or otherwise be contrary to the public interest. If they do not, they run the risk that the trial judge will reject the joint submission.

[56] There may, of course, be cases where it is not possible to put the main considerations underlying a joint submission on the public record because of safety or privacy concerns, or the risk of jeopardizing ongoing criminal investigations (see Martin Committee Report, at p. 317). In such cases, counsel must find alternative means of communicating these considerations to the trial judge in order to ensure that the judge is apprised of the relevant considerations and that a proper record is created for appeal purposes.

[57] A thorough justification of the joint submission also has an important public perception component. Unless counsel put the considerations

que le juge du procès le demande explicitement. Puisque les juges du procès sont tenus de ne s’écarter que rarement des recommandations conjointes, [TRADUCTION] « les avocats ont l’obligation corollaire » de s’assurer qu’ils « justifient amplement leur position en fonction des faits de la cause, tels qu’ils ont été présentés en audience publique » (rapport du comité Martin, p. 329). La détermination de la peine — y compris celle fondée sur une recommandation conjointe — ne peut se faire à l’aveuglette. Le ministère public et la défense doivent [TRADUCTION] « présenter au juge du procès non seulement la peine recommandée, mais aussi une description complète des faits pertinents à l’égard du contrevenant et de l’infraction », dans le but de donner au juge « un fondement convenable lui permettant de décider si [la recommandation conjointe] devrait être acceptée » (*DeSousa*, par. 15; voir aussi *Sinclair*, par. 14).

[55] Cela ne veut pas dire que les avocats doivent informer le juge du procès [TRADUCTION] « des positions qu’ils ont adoptées lors des négociations ou du contenu de leurs discussions ayant mené à l’entente » (*R. c. Tkachuk*, 2001 ABCA 243, 293 A.R. 171, par. 34). Les avocats doivent cependant être en mesure d’expliquer au juge pourquoi la peine qu’ils recommandent n’est pas susceptible de déconsidérer l’administration de la justice ou n’est pas par ailleurs contraire à l’intérêt public. S’ils ne le font pas, ils courent le risque de voir le juge du procès rejeter la recommandation conjointe.

[56] Certes, dans certains cas, il ne sera pas possible de consigner au dossier les principales considérations sous-tendant une recommandation conjointe, en raison de préoccupations quant à la sécurité ou la vie privée, ou du risque de mettre en péril des enquêtes criminelles en cours (voir le rapport du comité Martin, p. 317). Dans de tels cas, les avocats doivent trouver d’autres moyens de communiquer ces considérations au juge du procès, et ce, dans le but de s’assurer que le juge est au fait des facteurs pertinents et qu’un dossier adéquat est créé pour les besoins d’un appel éventuel.

[57] Une justification exhaustive de la recommandation conjointe comporte également un élément important relatif à la perception du public. À moins

underlying the joint submission on the record, “though justice may be done, it may not have the appearance of being done; the public may suspect, rightly or wrongly, that an impropriety has occurred” (C. C. Ruby, G. J. Chan and N. R. Hasan, *Sentencing* (8th ed. 2012), at p. 73).

[58] Fourth, if the trial judge is not satisfied with the sentence proposed by counsel, “fundamental fairness dictates that an opportunity be afforded to counsel to make further submissions in an attempt to address the . . . judge’s concerns before the sentence is imposed” (*G.W.C.*, at para. 26). The judge should notify counsel that he or she has concerns, and invite further submissions on those concerns, including the possibility of allowing the accused to withdraw his or her guilty plea, as the trial judge did in this case.

[59] Fifth, if the trial judge’s concerns about the joint submission are not alleviated, the judge may allow the accused to apply to withdraw his or her guilty plea. The circumstances in which a plea may be withdrawn need not be settled here. However, by way of example, withdrawal may be permitted where counsel have made a fundamental error about the legality of the proposed joint submission, for example, where a conditional sentence has been proposed but is unavailable.

[60] Finally, trial judges who remain unsatisfied by counsel’s submissions should provide clear and cogent reasons for departing from the joint submission. These reasons will help explain to the parties why the proposed sentence was unacceptable, and may assist them in the resolution of future cases. Reasons will also facilitate appellate review.

#### IV. Application

[61] The Crown submits that on any test, the trial judge was entitled to depart from the joint submission. Respectfully, I cannot agree. Setting aside

que les avocats consignent au dossier les considérations sous-tendant la recommandation conjointe, [TRADUCTION] « la justice peut être rendue, mais elle peut paraître ne pas l’être; le public peut soupçonner, à tort ou à raison, qu’elle est entachée d’une irrégularité » (C. C. Ruby, G. J. Chan et N. R. Hasan, *Sentencing* (8<sup>e</sup> éd. 2012), p. 73).

[58] Quatrièmement, si le juge du procès n’est pas satisfait de la peine recommandée par les avocats, [TRADUCTION] « l’équité fondamentale exige que soit offerte aux avocats la possibilité de présenter des observations additionnelles en vue de tenter de répondre aux préoccupations du juge [. . .] avant qu’il impose la peine » (*G.W.C.*, par. 26). Le juge devrait faire part aux avocats de ses préoccupations, et les inviter à y répondre, en leur indiquant notamment la possibilité de permettre à l’accusé de retirer son plaidoyer de culpabilité, comme l’a fait le juge du procès en l’espèce.

[59] Cinquièmement, si les préoccupations que le juge du procès a soulevées au sujet de la recommandation conjointe ne sont pas atténuées, le juge peut permettre à l’accusé de demander le retrait de son plaidoyer de culpabilité. Il n’est pas nécessaire d’établir, dans les présents motifs, les circonstances dans lesquelles un plaidoyer peut être retiré. Toutefois, à titre d’exemple, le retrait peut être autorisé lorsque les avocats ont commis une erreur fondamentale quant à la légalité de la recommandation conjointe, par exemple si une peine d’emprisonnement avec sursis a été recommandée mais ne peut être imposée.

[60] Enfin, le juge du procès qui n’est toujours pas convaincu par les observations des avocats devrait énoncer des motifs clairs et convaincants à l’appui de sa décision d’écarter la recommandation conjointe. Ces motifs permettront d’expliquer aux parties pourquoi la peine recommandée n’était pas acceptable, et pourront leur être utiles pour le règlement d’affaires ultérieures. Les motifs faciliteront aussi l’examen en appel.

#### IV. Application

[61] Le ministère public soutient que, peu importe le critère, il était loisible au juge du procès d’écarter la recommandation conjointe. Soit dit en tout

that the trial judge failed to apply the proper test — he asked only whether the joint submission was fit — he failed to take into account the important systemic benefits of joint submissions, and the corresponding need for them to be reasonably certain.

[62] In terms of the custodial sentence, it appears the trial judge treated the joint submission as though it was a conventional sentencing hearing. With respect, he erred in doing so. The parties made a clear and firm recommendation on the appropriate sentence. Importantly, the Crown did not resile from the joint submission, but maintained his position that he was seeking a further period of 18 months in custody even after he learned of the calculation error.

[63] In my respectful view, there was no basis for the trial judge to substitute his opinion for the considered agreement of counsel. The custodial term proposed, while low, was not so low as to bring the administration of justice into disrepute or be contrary to the public interest. It was close to the range of sentence identified by the trial judge, and, as I have said, joint submissions promote the smooth operation of the criminal justice system. The appellant gave up his right to a trial and any self-defence argument he may have had. In the end, the trial judge's deviation from the recommended custodial sentence — by only six months — amounts to little more than tinkering.

[64] The probation order raises more difficult questions, but, in my view, it should not have been made. While the trial judge had reason to be concerned about how the appellant would manage in the community, these concerns were addressed by counsel (see para. 19, above).

[65] Normally a probation order requiring that the accused refrain from the use of non-medically

respect, je ne peux être d'accord. Hormis le fait que le juge du procès n'a pas appliqué le critère approprié — il s'est seulement demandé si la recommandation conjointe prévoyait une juste peine — il a omis de prendre en compte les avantages systémiques importants des recommandations conjointes, de même que la nécessité correspondante qu'elles soient raisonnablement certaines.

[62] En ce qui a trait à la peine de détention, il semble que le juge du procès ait traité la recommandation conjointe comme s'il s'agissait d'une audience classique de détermination de la peine. En toute déférence, il a ainsi commis une erreur. Les parties ont formulé une recommandation claire et ferme quant à la peine appropriée. Il est important de souligner que le ministère public ne s'est pas désisté de la recommandation conjointe, mais a maintenu sa position selon laquelle il sollicitait une période de détention additionnelle de 18 mois, même après avoir été informé de l'erreur de calcul.

[63] À mon avis, le juge du procès n'avait aucune raison de substituer son opinion à l'entente examinée avec soin par les avocats. La peine de détention proposée, bien que légère, ne l'était pas au point de déconsidérer l'administration de la justice ou d'être contraire à l'intérêt public. Elle s'approchait de la fourchette de peines indiquée par le juge du procès, et, comme je l'ai mentionné, les recommandations conjointes favorisent un fonctionnement en douceur du système de justice pénale. L'appellant a renoncé à son droit à un procès et à tout argument relatif à la légitime défense qu'il aurait pu invoquer. En fin de compte, en dérogeant — de seulement six mois — à la peine de détention recommandée, c'est tout juste si le juge ne l'a pas simplement remaniée.

[64] L'ordonnance de probation soulève des questions plus difficiles, mais, à mon avis, elle n'aurait pas dû être prononcée. Le juge du procès avait raison de se préoccuper de la façon dont l'appellant se comporterait dans la collectivité, mais les avocats lui avaient fourni des explications à ce sujet (voir par. 19 ci-dessus).

[65] Normalement, une ordonnance de probation interdisant à l'accusé de consommer des drogues

prescribed drugs would be, if not essential, certainly warranted where it is shown that an accused's drug addiction has contributed to his offending. However, the failure to impose such an order in the context of a joint submission is not necessarily fatal, particularly in a case like this, where the reason for the order is somewhat attenuated by the Director's warrant and the likelihood that the order would be self-defeating.

[66] The Crown, having considered the public interest, obviously felt that society would be adequately protected without a probation order. Counsel's view that the probation order was duplicative and therefore unnecessary to protect the public was reasonable in the circumstances. In fact, counsel appear to have come to a practical decision on how best to further the appellant's rehabilitation while ensuring the public's protection.

#### V. Conclusion

[67] I would allow the appeal, and vary the appellant's sentence to bring it into conformity with the joint submission, namely, that the appellant serve an additional 18 months in custody, with no period of probation to follow. The sentence jointly proposed by the Crown and defence was not one that would bring the administration of justice into disrepute, nor was it otherwise contrary to the public interest.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Jensen Law Corporation, Kamloops; Michael Sobkin, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

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

non prescrites par un médecin serait assurément justifiée, voire essentielle, lorsqu'il est démontré que la dépendance de l'accusé aux drogues l'a mené à commettre son infraction. L'omission de rendre pareille ordonnance à la suite d'une recommandation conjointe n'est toutefois pas nécessairement fatale, surtout dans un cas comme celui qui nous occupe, où le mandat du directeur et la probabilité que l'ordonnance s'avère vaine font perdre à celle-ci quelque peu de sa raison d'être.

[66] Après avoir tenu compte de l'intérêt public, le ministère public a de toute évidence estimé que la société serait suffisamment protégée en l'absence d'une ordonnance de probation. L'opinion des avocats, selon laquelle l'ordonnance de probation était redondante et n'était donc pas nécessaire pour assurer la protection du public, était raisonnable dans les circonstances. En fait, les avocats semblent en être venus à une décision pratique quant à la meilleure façon de favoriser la réadaptation de l'appellant tout en assurant la protection du public.

#### V. Conclusion

[67] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de modifier la peine de l'appellant pour qu'elle soit conforme à la recommandation conjointe, à savoir que l'appellant purge une peine de détention additionnelle de 18 mois, sans période de probation par la suite. La peine recommandée conjointement par le ministère public et la défense n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et n'était pas par ailleurs contraire à l'intérêt public.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appellant : Jensen Law Corporation, Kamloops; Michael Sobkin, Ottawa.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

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

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

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Di Luca Barristers, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal: Desrosiers, Joncas, Nouraié, Massicotte, Montréal; Association des avocats de la défense de Montréal, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.*

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

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Di Luca Barristers, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal : Desrosiers, Joncas, Nouraié, Massicotte, Montréal; Association des avocats de la défense de Montréal, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Bull, Housser & Tupper, Vancouver.*

**Jean-François Morasse** *Appellant*

v.

**Gabriel Nadeau-Dubois** *Respondent*

and

**Canadian Civil Liberties Association,  
Alberta Public Interest Research Group and  
Amnistie internationale, Section Canada  
francophone** *Interveners*

**INDEXED AS: MORASSE v. NADEAU-DUBOIS**

**2016 SCC 44**

File No.: 36351.

2016: April 22; 2016: October 27.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL  
FOR QUEBEC**

*Civil procedure — Contempt of court — Required knowledge and intent — Statutory provision creating offence of contempt of court for anyone who disobeys any process or order of court or judge, or acts in such way as to interfere with orderly administration of justice or to impair authority or dignity of court — Student organization holding protests and forming picket lines at university — Student obtaining provisional interlocutory injunction mandating free access to university facilities and classes — Spokesperson of student organization commenting on injunctions and picket lines in interview — Whether spokesperson guilty of contempt — Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 50 para. 1.*

N-D was the spokesperson for a student organization that held protests and formed picket lines in Quebec's various post-secondary institutions over proposed increases in university tuition fees. M, a student, obtained a provisional interlocutory injunction that mandated free access to the facilities in which classes for M's program were held. In a television interview he gave with another student leader, N-D stated that such attempts to force

**Jean-François Morasse** *Appelant*

c.

**Gabriel Nadeau-Dubois** *Intimé*

et

**Association canadienne des libertés civiles,  
Alberta Public Interest Research Group et  
Amnistie internationale, Section Canada  
francophone** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : MORASSE c. NADEAU-DUBOIS**

**2016 CSC 44**

N° du greffe : 36351.

2016 : 22 avril; 2016 : 27 octobre.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Procédure civile — Outrage au tribunal — Connaissance et intention requises — Disposition légale prévoit qu'est coupable de l'infraction d'outrage au tribunal celui qui contrevient à une ordonnance ou à une injonction du tribunal ou d'un de ses juges, ou qui agit de manière, soit à entraver le cours normal de l'administration de la justice, soit à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal — Protestations orchestrées et piquets de grève érigés à l'université par une organisation étudiante — Injonction interlocutoire provisoire ordonnant de laisser libre accès aux classes et aux installations universitaires obtenue par un étudiant — Commentaires sur les injonctions et les lignes de piquetage émis par le porte-parole d'une organisation étudiante durant une entrevue — Le porte-parole est-il coupable d'outrage? — Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25, art. 50 al. 1.*

N-D était le porte-parole d'une organisation étudiante qui a orchestré des manifestations et érigé des piquets de grève dans divers établissements postsecondaires du Québec pour contester des hausses projetées des droits de scolarité universitaires. M, un étudiant, a obtenu une injonction interlocutoire provisoire qui intimait de laisser libre accès aux installations où se donnaient les cours du programme auquel M était inscrit. Durant une entrevue

students back to class do not work, that a minority of students use the courts to circumvent the majority's collective decision to go on strike, and that picket lines are an entirely legitimate means to ensure respect of the vote to strike. M filed a motion for contempt against N-D for his comments in the interview. N-D was found guilty of contempt of court under art. 50 para. 1 of the *Code of Civil Procedure* and sentenced to 120 hours of community service to be completed within six months under the supervision of a probation officer. The Court of Appeal set the conviction and sentence aside and entered an acquittal.

*Held* (Wagner, Côté and Brown JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Karakatsanis and Gascon JJ.: What is at issue is whether a contempt charge brought by a private citizen against another individual, meets the strict procedural and substantive safeguards required by law to ensure that the liberty interests of those accused of contempt are fully protected. The power to find an individual guilty of contempt of court is an exceptional one. It is an enforcement power of last resort and the only civil proceeding in Quebec that may result in a penalty of imprisonment. Because of the potential impact on an individual's liberty, the formalities for contempt proceedings must be strictly complied with. Clear, precise and unambiguous notice of the specific contempt offence must be given to the accused, and the elements required for a conviction must be proven beyond a reasonable doubt. A conviction for contempt should only be entered where it is genuinely necessary to safeguard the administration of justice.

At the time M instituted private proceedings against N-D, the offence of contempt of court existed in two separate provisions of the *Code*, now consolidated in art. 58 of the new *Code*. Article 50 para. 1 established the courts' general ability to hold someone in contempt. Article 761 created an offence for contempt of court that related specifically to breaching injunctions. Both provisions have been interpreted harmoniously with the common law. The offence of contempt of court at art. 50 para. 1 has two branches. Where a particular court order or process is at issue, both branches require actual or inferred knowledge of it. The first branch relates to disobeying any process

télévisée qu'il a accordée en présence d'un autre leader étudiant, N-D a affirmé que ces tentatives pour forcer le retour en classe ne fonctionnent pas, qu'une minorité d'étudiants et d'étudiantes utilisent les tribunaux pour contourner la décision collective de faire la grève, et que les lignes de picketage constituent un moyen tout à fait légitime d'assurer le respect du vote de grève. M a déposé une requête pour outrage contre N-D pour les commentaires qu'il a émis durant l'entrevue. N-D a été déclaré coupable d'outrage au tribunal en application du premier alinéa de l'art. 50 du *Code de procédure civile* et condamné à accomplir 120 heures de travaux communautaires dans un délai de six mois sous la supervision d'un agent de probation. La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité ainsi que la peine et a prononcé un acquittement.

*Arrêt* (les juges Wagner, Côté et Brown sont dissidents) : L'appel est rejeté.

*La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Karakatsanis et Gascon* : La question en litige est celle de savoir si une accusation d'outrage portée par un simple citoyen contre une autre personne satisfait aux garanties procédurales et substantielles rigoureuses prescrites par la loi pour faire en sorte que le droit à la liberté de personnes accusées d'outrage soit pleinement protégé. Le pouvoir de déclarer une personne coupable d'outrage au tribunal en est un d'exception. Il s'agit d'un pouvoir de contrainte de dernier recours et de la seule procédure civile au Québec qui peut donner lieu à une peine d'emprisonnement. En raison des répercussions éventuelles qu'elle peut avoir sur la liberté de l'intéressé, les formalités de la procédure pour outrage doivent être strictement respectées; un avis clair, précis et sans ambiguïté de l'infraction particulière d'outrage dont il est inculpé doit être donné à l'accusé, et les éléments nécessaires à la déclaration de culpabilité doivent être prouvés hors de tout doute raisonnable. Une déclaration de culpabilité pour outrage ne doit être prononcée que lorsqu'il est véritablement nécessaire de protéger l'administration de la justice.

À l'époque où M a engagé sa procédure contre N-D, l'infraction d'outrage au tribunal était prévue dans deux dispositions distinctes du *Code*, maintenant consolidées à l'art. 58 du nouveau *Code*. Le premier alinéa de l'art. 50 établissait la compétence générale des tribunaux de déclarer quelqu'un coupable d'outrage. L'article 761 créait l'infraction d'outrage au tribunal qui se rapportait spécifiquement aux violations d'injonctions. Ces deux dispositions ont été interprétées en harmonie avec la common law. L'infraction d'outrage au tribunal décrite au premier alinéa de l'art. 50 comporte deux volets. Lorsqu'une ordonnance ou une injonction en particulier est en cause,

or order of the court or of a judge. The person accused of contempt must have intentionally done the act that the order prohibits or intentionally failed to do the act that the order compels. Under the second branch, the *actus reus* is made out where a person “acts in such a way as to interfere with the orderly administration of justice” or “to impair the authority or dignity of the court”. The acts done, or the words complained of must either succeed in doing so, or create a serious or substantial risk of having this effect. The *mens rea* for this form of contempt is an intention to vilify the administration of justice, to destroy public confidence therein, or to excite disaffection against it. Good faith criticism of judicial institutions and their decisions falls short of this threshold.

The only allegations raised by M against N-D related to an alleged violation of one paragraph in an injunction order in the form of comments N-D made in an interview. N-D was not given notice as to which specific branch of art. 50 para. 1, if any, he was being charged under. With respect to the first branch, there was no evidence that N-D had knowledge, either actual or inferred, of the order. The fact that there were other injunctions does not prove that N-D knew of this particular order. Nor can knowledge be imputed to N-D on the basis of his comments during the interview, the question he was asked, or the statements of the other student leader interviewed with him. Nor did his endorsement of students picketing in general amount to an encouragement to use picket lines to block access to classes, since the order did not prohibit picketing altogether. M’s failure to prove N-D’s actual or inferred knowledge of the order is dispositive of the second branch. If N-D did not know about the order, he cannot have intended to interfere with it, or encourage others to do so.

*Per Moldaver J.:* In responding as he did in the television interview, N-D intended to incite students at large to breach any and all court orders which enjoined the use of picket lines to block access to classes. Had the case proceeded on that basis, his call to disobey at large would necessarily have included the interlocutory injunction obtained by M, regardless of whether he had specific knowledge of it or not. However, the issue at trial was whether N-D breached this particular order. The Quebec Court of Appeal therefore found correctly that the evidence did

les deux volets exigent la connaissance réelle ou inférée de l’ordonnance ou de l’injonction. Le premier volet vise la contravention à une ordonnance ou à une injonction du tribunal ou d’un juge. La personne accusée d’outrage doit avoir intentionnellement commis un acte interdit par l’ordonnance ou intentionnellement omis de commettre un acte comme elle l’exige. Suivant le deuxième volet, l’*actus reus* est établi lorsque la personne « agit de manière, soit à entraver le cours normal de l’administration de la justice, soit à porter atteinte à l’autorité ou à la dignité du tribunal ». Les actes posés ou les propos reprochés doivent soit avoir cet effet, soit créer un risque sérieux ou important de l’avoir. La *mens rea* de cette forme d’outrage est l’intention de dénigrer l’administration de la justice, de miner la confiance du public à son égard, ou d’inciter à la désaffection à son endroit. La critique de bonne foi des institutions judiciaires et de leurs décisions n’atteint pas ce seuil.

Les seules allégations qu’a soulevées M à l’endroit de N-D se rapportaient à une violation alléguée d’un paragraphe d’une ordonnance par les propos tenus en entrevue. N-D n’a pas été avisé de la partie spécifique du premier alinéa de l’art. 50, le cas échéant, en vertu de laquelle il était accusé. Quant au premier volet, il n’y avait aucune preuve que N-D avait une connaissance, directe ou par inférence, de l’ordonnance. Le fait que d’autres injonctions aient été prononcées ne prouve pas que N-D avait connaissance de l’ordonnance particulière en cause. La connaissance ne peut pas non plus être imputée à N-D sur le fondement des commentaires qu’il a formulés durant l’entrevue, de la question qui lui a été posée ou des déclarations faites par l’autre leader étudiant interviewé en même temps que lui. L’appui qu’il a donné au piquetage par les étudiants en général n’équivalait pas non plus à une incitation à employer des piquets de grève pour bloquer l’accès aux cours, puisque l’ordonnance n’interdisait pas complètement le piquetage. Le fait que M n’ait pas prouvé que N-D avait connaissance, réellement ou par inférence, de l’ordonnance est déterminant pour trancher la question au regard du deuxième volet. Si N-D n’avait pas connaissance de l’ordonnance, il ne pouvait avoir l’intention d’y faire obstacle ou d’inciter d’autres personnes à le faire.

*Le juge Moldaver :* En répondant comme il l’a fait durant l’entrevue télévisée, N-D avait l’intention d’inciter les étudiants en général à contrevenir à toutes les ordonnances judiciaires quelle qu’elles aient été qui prohibaient le piquetage comme moyen d’empêcher l’accès aux cours. Si le dossier avait été présenté de la sorte, son appel généralisé à la désobéissance aurait nécessairement visé l’ordonnance interlocutoire obtenue par M, que N-D ait eu une connaissance spécifique de cette dernière ou non. Or, la question à trancher lors du procès était celle

not support a finding that N-D had specific knowledge of the order, and that this was fatal to the contempt finding. Given the way the case was argued at trial, it would be both unfair and prejudicial to allow M to change the theory of the case at this level of the proceedings. The appeal should be dismissed for this reason alone.

*Per Wagner, Côté and Brown JJ. (dissenting):* The purpose of convictions for contempt of court, whether in a civil or a criminal context, is to maintain public confidence in the administration of justice and ensure the smooth functioning of the courts. This power is exceptional and must be exercised only as a last resort. Exercising it is nonetheless justified where a contempt conviction is necessary to protect the integrity of the justice system and to ensure that system's credibility in the eyes of the public. Strict conditions, including the criminal law standard of proof, apply when a contempt order is made. But this does not mean that the use of the power must be so arduous that, in practice, it can no longer be exercised.

In this case, N-D knew full well that the contempt charge he had to answer had been laid under both art. 761 and art. 50 para. 1 of the *Code of Civil Procedure*, as can be seen from the statements made by counsel for M at the appearance, from the special rule ordering N-D to appear, which expressly referred to both provisions, from the acts alleged by M against N-D in his motion and the description of the allegations against N-D, and from the submissions made by N-D at trial. It was therefore appropriate for the trial judge to determine whether N-D was guilty under the final portion of art. 50 para. 1 of the *Code*.

Specific knowledge of an order is not essential for the purposes of the final portion of art. 50 para. 1 of the *Code*. The offence it establishes is broader than the simple breach of an order. A contempt conviction is possible under this provision even where the underlying order has not yet taken effect. Actual personal knowledge of a court order, a requirement that flows from the case law, can always be inferred from circumstantial evidence. The inference must be reasonable given the evidence or the absence of evidence, assessed logically, and in light of common sense and human experience. The evidence must establish that the person accused of inciting others to breach an order knew of the existence of one or more orders that were in effect at the time of the offence and was also in a

de savoir si N-D avait contrevenu à cette ordonnance en particulier. La Cour d'appel du Québec a donc conclu, à bon droit, que la preuve n'était pas la conclusion selon laquelle N-D avait une connaissance spécifique de l'ordonnance, et que cela empêchait de conclure à l'outrage au tribunal. Vu la façon dont la cause a été présentée au procès, il serait à la fois injuste et préjudiciable d'autoriser M à changer sa thèse à la présente étape des procédures. Pour ce seul motif, l'appel est rejeté.

*Les juges Wagner, Côté et Brown (dissidents) :* La condamnation pour outrage au tribunal, que ce soit en matière civile ou criminelle, a pour but de sauvegarder la confiance du public dans l'administration de la justice et d'assurer le fonctionnement harmonieux des tribunaux. Ce pouvoir est exceptionnel et ne doit être exercé qu'en dernier recours. L'exercice de ce pouvoir est néanmoins justifié lorsqu'une condamnation pour outrage au tribunal s'impose afin d'appuyer l'intégrité du système de justice et d'assurer sa crédibilité auprès des justiciables. Le prononcé d'une ordonnance d'outrage exige le respect de conditions d'application strictes, notamment la norme de preuve applicable en droit criminel. Cela ne veut pas dire pour autant que l'application de ce pouvoir doit être à ce point ardue que celui-ci ne peut plus concrètement être exercé.

En l'espèce, N-D savait précisément qu'il devait répondre à l'accusation d'outrage portée en vertu des art. 761 et 50 al. 1 du *Code de procédure civile*, compte tenu des précisions apportées par l'avocat de M lors de sa comparution en première instance, de l'ordonnance spéciale de comparaître qui fait expressément état des deux articles, des faits que M reproche à N-D dans sa requête et de la description des allégations formulées contre ce dernier, ainsi que des arguments que N-D a présentés lors du procès. Le juge de première instance était donc justifié de décider si N-D était coupable en vertu de la dernière partie de l'art. 50 al. 1 du *Code*.

La connaissance spécifique d'une ordonnance n'est pas essentielle pour les fins de la dernière partie de l'art. 50 al. 1 du *Code*. Cette infraction est de portée plus générale que la seule violation des ordonnances. Une condamnation pour outrage au tribunal est possible, sous le régime de cette disposition, même si l'ordonnance sous-jacente n'a pas encore pris effet. La connaissance personnelle réelle de l'ordonnance d'un tribunal, exigée par la jurisprudence, peut toujours être inférée de la preuve circonstancielle. L'inférence doit être raisonnable compte tenu d'une appréciation logique de la preuve ou de l'absence de preuve, et suivant le bon sens et l'expérience humaine. La preuve doit établir que celui accusé d'avoir incité d'autres personnes à violer une ordonnance

position to know that his or her acts or words were contrary to those orders.

In this case, a contextual analysis of N-D's words can lead to only one reasonable inference. When considered in the context of the entire interview, those words show beyond a reasonable doubt that he knew of the existence, content and scope of the orders, and that he incited students to breach them.

The trial judge's conclusion with respect to the *actus reus* is entitled to deference. The *actus reus* under the first portion of art. 50 para. 1 of the *Code* is disobeying any process or order of a court. By contrast, the *actus reus* contemplated by the final portion of that provision consists of any action that interferes or tends to interfere with the orderly administration of justice, or that impairs or tends to impair the authority or dignity of the court. When assessed in the context of the entire interview, N-D's words were an incitement to breach the order in question as well as the other orders that had been made to ensure that students would have access to their classes.

It would not be appropriate to interfere with the trial judge's finding as regards the *mens rea*. An intention to interfere with the administration of justice or to impair the authority or dignity of the court is not an essential element of the offence of contempt; recklessness as to this consequence is enough. Given the context in which N-D made his remarks, he knew that his act of defiance would be public and it may be inferred that he was at least reckless as to whether the authority of the court would be impaired.

The importance of freedom of expression and of the protection of that freedom in a democratic society can never be overstated. But one may not use the exercise of one's freedom of expression as a pretext for inciting people to breach a court order. Ensuring compliance with orders made by the courts, and thereby maintaining the authority and credibility of the courts, has the effect of reinforcing the rule of law and, by extension, the fundamental freedoms, including freedom of expression.

The sentence imposed by the trial judge was neither unreasonable nor disproportionate. The trial judge correctly applied the rules dealing with the admissibility of evidence at the sentencing stage. N-D's argument that at the time the sentence was imposed, the need to prevent orders from being contravened no longer existed as a

connaissait l'existence d'une ou de plusieurs ordonnances en vigueur au moment de l'infraction et qu'il était en mesure de savoir que ses actes ou ses paroles contrevenaient à ces ordonnances.

En l'espèce, une analyse contextuelle des propos de N-D ne peut mener qu'à une seule conclusion raisonnable. Considérées dans le contexte de l'ensemble de l'entrevue, les paroles de N-D démontrent au-delà de tout doute raisonnable qu'il connaissait l'existence des ordonnances, ainsi que la teneur et la portée de celles-ci, et qu'il a incité les étudiants à y contrevenir.

La conclusion du juge de première instance sur l'*actus reus* mérite déférence. L'*actus reus* correspondant à la première partie de l'art. 50 al. 1 du *Code* est une contravention à une ordonnance ou à une injonction d'un tribunal. Par contre, l'*actus reus* visé par la dernière partie de cette disposition s'entend de toute action qui entrave ou tend à entraver le cours normal de l'administration de la justice, ainsi que de toute action qui porte ou tend à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal. Appréciables dans le contexte de l'ensemble de l'entrevue, les paroles de N-D constituaient une incitation à contrevenir à l'ordonnance en question ainsi qu'aux autres ordonnances visant à assurer l'accès des étudiants à leurs cours.

La conclusion du juge de première instance sur la *mens rea* ne justifie pas une intervention. L'intention d'entraver l'administration de la justice ou de porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal ne constitue pas un élément essentiel de l'infraction d'outrage au tribunal; l'insouciance à l'égard de cette conséquence suffit. Vu le contexte dans lequel N-D a prononcé ses paroles, il savait que sa transgression serait publique et il est permis d'inférer qu'à tout le moins il ne se souciait pas de savoir s'il y aurait atteinte à l'autorité de la cour.

L'importance de la liberté d'expression et de sa protection dans une société démocratique ne saurait jamais être exagérée. Or on ne peut, sous prétexte d'exercer sa liberté d'expression, inciter des citoyens à violer une ordonnance de la cour. Le fait d'assurer le respect des ordonnances prononcées par les tribunaux et, ainsi, de maintenir l'autorité et la crédibilité de ceux-ci, a pour effet d'appuyer le principe de la primauté du droit et, par ricochet, les libertés fondamentales, dont la liberté d'expression.

La peine infligée par le juge de première instance n'était ni déraisonnable ni disproportionnée. Le juge a correctement appliqué les règles relatives à l'admissibilité de la preuve à l'étape de la détermination de la peine. L'argument de N-D voulant qu'au moment où la peine a été infligée, la nécessité d'empêcher la violation des

result of a legislative measure disregards the objective of denunciation in the case of contempt. The sentence that was imposed is not an unreasonable departure from the penalties imposed in similar cases in which the contempt was public in nature.

### Cases Cited

By Abella and Gascon JJ.

**Referred to:** *Morasse v. Université Laval*, 2012 QCCS 1565; *Morasse v. Université Laval*, 2012 QCCS 1859; *Lavoie v. Collège de Rosemont*, 2012 QCCS 1685; *Goudreault v. Collège de Rosemont*, 2012 QCCS 2017; *Caron v. Paul Albert Chevrolet Buick Cadillac inc.*, 2016 QCCA 564; *Carey v. Laiken*, 2015 SCC 17, [2015] 2 S.C.R. 79; *Centre commercial Les Rivières ltée v. Jean bleu inc.*, 2012 QCCA 1663; *Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 S.C.R. 1065; *Guay v. Lebel*, 2016 QCCA 1555; *Droit de la famille — 122875*, 2012 QCCA 1855, 29 R.F.L. (7th) 137; *Javanmardi v. Collège des médecins du Québec*, 2013 QCCA 306, [2013] R.J.Q. 328; *Godin v. Godin*, 2012 NSCA 54, 317 N.S.R. (2d) 204; *Imperial Oil Ltd. v. Tanguay*, [1971] C.A. 109; *Constructions Louisbourg ltée v. Société Radio-Canada*, 2014 QCCA 155; *Trudel v. Foucher*, 2015 QCCA 691; *Chamandy v. Chartier*, 2015 QCCA 1142; *Montréal (Ville de) v. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP), section locale 301*, 2006 QCCS 5273; *Gougoux v. Richard*, 2005 CanLII 37770; *Estrada v. Young*, 2005 QCCA 493; *Zhang v. Chau* (2003), 229 D.L.R. (4th) 298; *R. v. Kopyto* (1987), 62 O.R. (2d) 449; *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.*, [1973] 3 All E.R. 54; *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265; *Re Ouellet (No. 1)* (1976), 28 C.C.C. (2d) 338; *Prud'homme v. Prud'homme*, 1997 CanLII 8253; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156.

By Moldaver J.

**Referred to:** *Morasse v. Université Laval*, 2012 QCCS 1859, *Newcastle Recycling Ltd. v. Clarington (Municipality)*, 2010 ONCA 314, 261 O.A.C. 373; *R. v. Vaillancourt* (1995), 105 C.C.C. (3d) 552; *R. v. Tran*, 2016 ONCA 48; *Wexler v. The King*, [1939] S.C.R. 350.

By Wagner J. (dissenting)

*Morasse v. Université Laval*, 2012 QCCS 1565; *Morasse v. Université Laval*, 2012 QCCS 1859; *Zhang v. Chau* (2003), 229 D.L.R. (4th) 298, leave to appeal refused, [2003] 3 S.C.R. v; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *Baxter*

ordonnances n'existait plus en vertu d'une intervention législative fait abstraction de l'objectif de dénonciation en cas d'outrage au tribunal. La peine infligée ne s'écarte pas de manière déraisonnable des sanctions imposées en semblable matière, où l'outrage avait une connotation publique.

### Jurisprudence

Citée par les juges Abella et Gascon

**Arrêts mentionnés :** *Morasse c. Université Laval*, 2012 QCCS 1565; *Morasse c. Université Laval*, 2012 QCCS 1859; *Lavoie c. Collège de Rosemont*, 2012 QCCS 1685; *Goudreault c. Collège de Rosemont*, 2012 QCCS 2017; *Caron c. Paul Albert Chevrolet Buick Cadillac inc.*, 2016 QCCA 564; *Carey c. Laiken*, 2015 CSC 17, [2015] 2 R.C.S. 79; *Centre commercial Les Rivières ltée c. Jean bleu inc.*, 2012 QCCA 1663; *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065; *Guay c. Lebel*, 2016 QCCA 1555; *Droit de la famille — 122875*, 2012 QCCA 1855, 29 R.F.L. (7th) 137; *Javanmardi c. Collège des médecins du Québec*, 2013 QCCA 306, [2013] R.J.Q. 328; *Godin c. Godin*, 2012 NSCA 54, 317 N.S.R. (2d) 204; *Imperial Oil Ltd. c. Tanguay*, [1971] C.A. 109; *Constructions Louisbourg ltée c. Société Radio-Canada*, 2014 QCCA 155; *Trudel c. Foucher*, 2015 QCCA 691; *Chamandy c. Chartier*, 2015 QCCA 1142; *Montréal (Ville de) c. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP), section locale 301*, 2006 QCCS 5273; *Gougoux c. Richard*, 2005 CanLII 37770; *Estrada c. Young*, 2005 QCCA 493; *Zhang c. Chau* (2003), 229 D.L.R. (4th) 298; *R. c. Kopyto* (1987), 62 O.R. (2d) 449; *Attorney-General c. Times Newspapers Ltd.*, [1973] 3 All E.R. 54; *Boucher c. The King*, [1951] R.C.S. 265; *Re Ouellet (No. 1)* (1976), 28 C.C.C. (2d) 338; *Prud'homme c. Prud'homme*, 1997 CanLII 8253; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156.

Citée par le juge Moldaver

**Arrêts mentionnés :** *Morasse c. Université Laval*, 2012 QCCS 1859, *Newcastle Recycling Ltd. c. Clarington (Municipality)*, 2010 ONCA 314, 261 O.A.C. 373; *R. c. Vaillancourt*, 1995 CanLII 5036; *R. c. Tran*, 2016 ONCA 48; *Wexler c. The King*, [1939] R.C.S. 350.

Citée par le juge Wagner (dissident)

*Morasse c. Université Laval*, 2012 QCCS 1565; *Morasse c. Université Laval*, 2012 QCCS 1859; *Zhang c. Chau* (2003), 229 D.L.R. (4th) 298, autorisation d'appel refusée, [2003] 3 R.C.S. v; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *Baxter*

*Travenol Laboratories of Canada Ltd. v. Cutter (Canada), Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 388; *Centre commercial Les Rivières ltée v. Jean bleu inc.*, 2012 QCCA 1663; *Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 S.C.R. 1065; *R. v. Bridges* (1989), 61 D.L.R. (4th) 154, aff'd (1990), 54 B.C.L.R. (2d) 273; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson* (1994), 92 B.C.L.R. (2d) 1; *R. v. Krawczyk*, 2009 BCCA 250, 275 B.C.A.C. 6, leave to appeal refused, [2010] 1 S.C.R. xi; *Canada Metal Co. v. Canadian Broadcasting Corp. (No. 2)* (1974), 4 O.R. (2d) 585, aff'd (1975), 11 O.R. (2d) 167; *Constructions Louisbourg ltée v. Société Radio-Canada*, 2014 QCCA 155; *Echostar Satellite Corp. v. Lis*, 2004 CanLII 2156; *Procom Immobilier Inc. v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1992] R.D.J. 561; *Cotroni v. Quebec Police Commission*, [1978] 1 S.C.R. 1048; *Re Awada* (1970), 13 C.R.N.S. 127; *Droit de la famille — 122875*, 2012 QCCA 1855, 29 R.F.L. (7th) 137; *Iron Ore Co. of Canada v. United Steel Workers of America, Local 5795* (1979), 20 Nfld. & P.E.I.R. 27, leave to appeal refused, [1979] 1 S.C.R. viii; *Bhatnager v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 S.C.R. 217; *Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618; *Carey v. Laiken*, 2015 SCC 17, [2015] 2 S.C.R. 79; *College of Optometrists (Ont.) v. SHS Optical Ltd.*, 2008 ONCA 685, 241 O.A.C. 225; *Estrada v. Young*, 2005 QCCA 493; *R. v. Villaroman*, 2016 SCC 33, [2016] 1 S.C.R. 1001; *Re Tilco Plastics Ltd. v. Skurjat*, [1966] 2 O.R. 547, aff'd [1967] 2 C.C.C. 196, leave to appeal refused, [1966] S.C.R. vii; *Avery v. Andrews* (1882), 51 L.J. Ch. 414; *Ex parte Langley* (1879), 13 Ch. D. 110; *R. v. Griffin*, 2009 SCC 28, [2009] 2 S.C.R. 42; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Attorney-General of Quebec v. Hebert*, [1967] 2 C.C.C. 111; *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.*, [1973] 3 All E.R. 54; *R. v. Kopyto* (1987), 62 O.R. (2d) 449; *Attorney-General of Quebec v. Charbonneau* (1972), 13 C.C.C. (2d) 226; *Boon-Strachan Coal Co. v. Campbell*, [1981] C.S. 923; *Re Ouellet (No. 1)* (1976), 28 C.C.C. (2d) 338, varied on other grounds, [1976] C.A. 788; *Daigle v. Corporation municipale de la Paroisse de St-Gabriel de Brandon*, [1991] R.D.J. 249; *Godin v. Godin*, 2012 NSCA 54, 317 N.S.R. (2d) 204; *Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516; *Canadian Transport Co. v. Alsbury* (1952), 6 W.W.R. (N.S.) 473, aff'd [1953] 1 D.L.R. 385, aff'd [1953] 1 S.C.R. 516; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *Westfair Foods Ltd. v. Naherny* (1990), 63 Man. R. (2d) 238; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089; *Agence nationale d'encadrement du secteur financier v. Coopérative de producteurs de bois précieux Québec Forestales*, 2005 CanLII 11614; *Peter Kiewit Sons Co. v. Perry*, 2007 BCSC 305.

*Travenol Laboratories of Canada Ltd. c. Cutter (Canada), Ltd.*, [1983] 2 R.C.S. 388; *Centre commercial Les Rivières ltée c. Jean bleu inc.*, 2012 QCCA 1663; *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065; *R. c. Bridges* (1989), 61 D.L.R. (4th) 154, conf. par (1990), 54 B.C.L.R. (2d) 273; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson* (1994), 92 B.C.L.R. (2d) 1; *R. c. Krawczyk*, 2009 BCCA 250, 275 B.C.A.C. 6, autorisation d'appel refusée, [2010] 1 R.C.S. xi; *Canada Metal Co. c. Canadian Broadcasting Corp. (No. 2)* (1974), 4 O.R. (2d) 585, conf. par (1975), 11 O.R. (2d) 167; *Constructions Louisbourg ltée c. Société Radio-Canada*, 2014 QCCA 155; *Echostar Satellite Corp. c. Lis*, 2004 CanLII 2156; *Procom Immobilier Inc. c. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1992] R.D.J. 561; *Cotroni c. Commission de police du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 1048; *Re Awada* (1970), 13 C.R.N.S. 127; *Droit de la famille — 122875*, 2012 QCCA 1855, 29 R.F.L. (7th) 137; *Iron Ore Co. of Canada c. United Steel Workers of America, Local 5795* (1979), 20 Nfld. & P.E.I.R. 27, autorisation d'appel refusée, [1979] 1 R.C.S. viii; *Bhatnager c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 R.C.S. 217; *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618; *Carey c. Laiken*, 2015 CSC 17, [2015] 2 R.C.S. 79; *College of Optometrists (Ont.) c. SHS Optical Ltd.*, 2008 ONCA 685, 241 O.A.C. 225; *Estrada c. Young*, 2005 QCCA 493; *R. c. Villaroman*, 2016 CSC 33, [2016] 1 R.C.S. 1001; *Re Tilco Plastics Ltd. c. Skurjat*, [1966] 2 O.R. 547, conf. par [1967] 2 C.C.C. 196, autorisation d'appel refusée, [1966] R.C.S. vii; *Avery c. Andrews* (1882), 51 L.J. Ch. 414; *Ex parte Langley* (1879), 13 Ch. D. 110; *R. c. Griffin*, 2009 CSC 28, [2009] 2 R.C.S. 42; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Hébert c. Procureur général du Québec*, [1966] J.Q. n° 15 (QL); *Attorney-General c. Times Newspapers Ltd.*, [1973] 3 All E.R. 54; *R. c. Kopyto* (1987), 62 O.R. (2d) 449; *Charbonneau c. Procureur général du Québec*, [1973] R.P. 10; *Boon-Strachan Coal Co. c. Campbell*, [1981] C.S. 923; *Re Ouellet (No. 1)* (1976), 28 C.C.C. (2d) 338, modifié pour d'autres motifs, [1976] C.A. 788; *Daigle c. Corporation municipale de la Paroisse de St-Gabriel de Brandon*, [1991] R.D.J. 249; *Godin c. Godin*, 2012 NSCA 54, 317 N.S.R. (2d) 204; *Poje c. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 R.C.S. 516; *Canadian Transport Co. c. Alsbury* (1952), 6 W.W.R. (N.S.) 473, conf. par [1953] 1 D.L.R. 385, conf. par [1953] 1 R.C.S. 516; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *Westfair Foods Ltd. c. Naherny* (1990), 63 Man. R. (2d) 238; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *Agence nationale d'encadrement du secteur financier c. Coopérative de producteurs de bois précieux Québec Forestales*, 2005 CanLII 11614; *Peter Kiewit Sons Co. c. Perry*, 2007 BCSC 305.

### Statutes and Regulations Cited

- Act to enable students to receive instruction from the postsecondary institutions they attend*, S.Q. 2012, c. 12, ss. 10, 11, 13, 14, 32.
- By-law amending the By-law concerning the prevention of breaches of the peace, public order and safety, and the use of public property*, May 18, 2012, City of Montréal, By-law 12-024, art. 1.
- By-law concerning the prevention of breaches of the peace, public order and safety, and the use of public property*, R.B.C.M., c. P-6, art. 2.1 [ad. 2012, By-law 12-024, art. 1].
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, preamble, s. 2(b).
- Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12, s. 3.
- Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25 [repl. 2014, c. 1, s. 833], arts. 1, 50, 51 para. 1, 53, 53.1, 761.
- Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01, arts. 58, 62.

### Authors Cited

- Borrie & Lowe: The Law of Contempt*, 4th ed., by Ian Cram, gen. ed. London: LexisNexis, 2010.
- Ferland, Denis. “La Cour suprême et l’outrage au tribunal en matière d’injonction: Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. c. Cutter (Canada) Ltd., [1983] 2 R.C.S. 388; [1983] R.D.J. 481 (C.S.C.)” (1985), 45 *R. du B.* 462.
- Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 5<sup>e</sup> éd. Montréal: Yvon Blais, 2015.
- Gendreau, Paul-Arthur, et autres. *L’injonction*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
- Gervais, Céline. *L’injonction*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005.
- Popovici, Adrian. *L’outrage au tribunal*. Montréal: Thémis, 1977.
- Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, loose-leaf ed. Toronto: Canada Law Book, 2015 (updated November 2015, release 24).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Bich, Giroux and Dufresne J.J.A.), 2015 QCCA 78, [2015] AZ-51142714, [2015] J.Q. n° 158 (QL), 2015 CarswellQue 284 (WL Can.), setting aside a conviction and sentence for contempt of court by Jacques J., 2012 QCCS 5438, [2012] R.J.Q. 2174, [2012] AZ-50907942, [2012] J.Q. n° 11705 (QL), 2012 CarswellQue 11446 (WL Can.), and 2012 QCCS 6101, [2012] R.J.Q. 2279,

### Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, préambule, art. 2b).
- Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 3.
- Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25 [repl. 2014, c. 1, art. 833], art. 1, 50, 51 al. 1, 53, 53.1, 761.
- Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 58, 62.
- Loi permettant aux étudiants de recevoir l’enseignement dispensé par les établissements de niveau postsecondaire qu’ils fréquentent*, L.Q. 2012, c. 12, art. 10, 11, 13, 14, 32.
- Règlement modifiant le Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l’ordre publics, et sur l’utilisation du domaine public*, 18 mai 2012, Ville de Montréal, Règl. 12-024, art. 1.
- Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l’ordre publics, et sur l’utilisation du domaine public*, R.R.V.M., c. P-6, art. 2.1 [aj. 2012, Règl. 12-024, art. 1].

### Doctrine et autres documents cités

- Borrie & Lowe : The Law of Contempt*, 4th ed., by Ian Cram, gen. ed., London, LexisNexis, 2010.
- Ferland, Denis. « La Cour suprême et l’outrage au tribunal en matière d’injonction : Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. c. Cutter (Canada) Ltd., [1983] 2 R.C.S. 388; [1983] R.D.J. 481 (C.S.C.) » (1985), 45 *R. du B.* 462.
- Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 5<sup>e</sup> éd., Montréal, Yvon Blais, 2015.
- Gendreau, Paul-Arthur, et autres. *L’injonction*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998.
- Gervais, Céline. *L’injonction*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005.
- Popovici, Adrian. *L’outrage au tribunal*, Montréal, Thémis, 1977.
- Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, loose-leaf ed., Toronto, Canada Law Book, 2015 (updated November 2015, release 24).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Bich, Giroux et Dufresne), 2015 QCCA 78, [2015] AZ-51142714, [2015] J.Q. n° 158 (QL), 2015 CarswellQue 284 (WL Can.), qui a annulé la déclaration de culpabilité et la peine prononcées par le juge Jacques à l’égard de l’outrage au tribunal, 2012 QCCS 5438, [2012] R.J.Q. 2174, [2012] AZ-50907942, [2012] J.Q. n° 11705 (QL), 2012 CarswellQue 11446 (WL Can.), et 2012 QCCS

[2012] AZ-50918771, [2012] J.Q. n° 14670 (QL), 2012 CarswellQue 12900 (WL Can.), and entering an acquittal. Appeal dismissed, Wagner, Côté and Brown JJ. dissenting.

*Maxime Roy, Vincent Rochette and Ariane Gagnon-Rocque*, for the appellant.

*Giuseppe Sciortino, Sibel Ataogul and Félix-Antoine Michaud*, for the respondent.

Written submissions only by *Julius H. Grey*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Ranjan K. Agarwal, Faiz M. Lalani and Avnish Nanda*, for the intervener the Alberta Public Interest Research Group.

*François Larocque and Maxine Vincelette*, for the intervener Amnistie internationale, Section Canada francophone.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Karakatsanis and Gascon JJ. was delivered by

[1] ABELLA AND GASCON JJ. — In the spring of 2012, massive and sustained student protests took place in the province of Quebec over the issue of proposed increases in university tuition fees. The increases were announced as part of the budget introduced by the provincial government. Several student organizations which were opposed to the increases organized responsive protests.

[2] The protests paralyzed several post-secondary institutions. Classes at several institutions were cancelled. Student organizations held votes declaring themselves to be “on strike”. Picket lines were formed at several universities and CEGEPs.<sup>1</sup> Students and teachers were prevented from entering the buildings in which classes were to be held. As a result, several injunctions were sought to restrict

<sup>1</sup> *Collèges d’enseignement général et professionnel*, Quebec’s post-secondary and pre-university educational institutions.

6101, [2012] R.J.Q. 2279, [2012] AZ-50918771, [2012] J.Q. n° 14670 (QL), 2012 CarswellQue 12900 (WL Can.), et prononcé un acquittement. Pourvoi rejeté, les juges Wagner, Côté et Brown sont dissidents.

*Maxime Roy, Vincent Rochette et Ariane Gagnon-Rocque*, pour l’appellant.

*Giuseppe Sciortino, Sibel Ataogul et Félix-Antoine Michaud*, pour l’intimé.

Argumentation écrite seulement par *Julius H. Grey*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

*Ranjan K. Agarwal, Faiz M. Lalani et Avnish Nanda*, pour l’intervenant Alberta Public Interest Research Group.

*François Larocque et Maxine Vincelette*, pour l’intervenante Amnistie internationale, Section Canada francophone.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Cromwell, Karakatsanis et Gascon rendu par

[1] LES JUGES ABELLA ET GASCON — Au printemps 2012, des manifestations étudiantes importantes et soutenues ont lieu dans la province de Québec sur la question de hausses projetées des droits de scolarité universitaires. Les hausses sont annoncées dans le cadre du budget présenté par le gouvernement provincial. Plusieurs organisations étudiantes opposées à ces hausses organisent des manifestations en réaction au projet.

[2] Les manifestations paralysent plusieurs établissements postsecondaires et des cours sont annulés dans plusieurs d’entre eux. Des organisations étudiantes tiennent des votes « de grève ». Des lignes de piquetage sont formées sur les campus de plusieurs universités et cégeps<sup>1</sup>. Des étudiants et des enseignants sont empêchés de pénétrer dans les édifices où doivent se donner les cours. En conséquence,

<sup>1</sup> *Collèges d’enseignement général et professionnel*, les établissements d’enseignement postsecondaires et préuniversitaires du Québec.

these blockages and help ensure the continuation of the school year.

[3] The underlying events in the spring of 2012 were deeply disruptive, and caused massive dislocation and frustration for many. That, however, is not the subject of this appeal. We must be wary of addressing issues and evidence that were not raised or scrutinized at trial. What we are required to determine is whether a contempt charge brought by a private citizen against another individual, meets the strict procedural and substantive safeguards required by law to ensure that the liberty interests of those accused of contempt are fully protected. In our view, it did not.

[4] At the time, Gabriel Nadeau-Dubois was the spokesperson for the Coalition large de l'Association pour une solidarité syndicale étudiante (CLASSE). As one of the most active student organizations in the province, the CLASSE organized protests and picket lines in various post-secondary institutions.

[5] At the height of the protests, Jean-François Morasse was a student in his final year at Université Laval's Faculty of Planning, Architecture, Arts and Design, completing a certificate in visual arts (*arts plastiques*). The Association des étudiants en arts plastiques de l'Université Laval (ASÉTAP), the organization representing students in that program, held a strike vote and organized protests. On February 29, 2012, picket lines were erected to block the entrance to the building where Mr. Morasse's classes were held.

[6] In the context of civil proceedings that he instituted against Université Laval, ASÉTAP and another student organization, Mr. Morasse obtained a provisional interlocutory injunction on April 12, 2012 for a 10-day period.<sup>2</sup> The injunction mandated

plusieurs injonctions sont demandées pour limiter ces entraves et aider à faire en sorte que l'année scolaire se poursuive.

[3] Les événements sous-jacents de ce printemps 2012 ont été très perturbateurs et ils ont causé d'importants ennuis et beaucoup de frustration pour plusieurs. Toutefois, tel n'est pas l'objet du pourvoi. Nous devons nous garder de nous prononcer sur des questions et des éléments de preuve qui n'ont pas fait l'objet du procès et qui n'y ont pas été examinés. La question sur laquelle nous sommes appelés à nous pencher est celle de savoir si une accusation d'outrage portée par un simple citoyen contre une autre personne satisfait aux garanties procédurales et substantielles rigoureuses prescrites par la loi pour faire en sorte que le droit à la liberté de personnes accusées d'outrage soit pleinement protégé. À notre avis, il faut répondre à cette question par la négative.

[4] Durant la période en cause, Gabriel Nadeau-Dubois est le porte-parole de la Coalition large de l'Association pour une solidarité syndicale étudiante (CLASSE). En tant qu'organisation étudiante parmi les plus actives dans la province, la CLASSE organise des manifestations et des piquetages dans plusieurs institutions d'enseignement postsecondaire.

[5] Au plus fort des manifestations, Jean-François Morasse est étudiant à la Faculté d'aménagement, d'architecture, d'art et de design de l'Université Laval, qu'il fréquente pour une dernière année avant de terminer un certificat en arts plastiques. L'Association des étudiants en arts plastiques de l'Université Laval (ASÉTAP), l'organisation qui représente les étudiants inscrits à ce programme, tient un vote de grève et organise des manifestations. Le 29 février 2012, des lignes de piquetage sont érigées pour bloquer l'entrée de l'édifice où sont offerts les cours de M. Morasse.

[6] Dans le cadre d'une instance civile qu'il introduit contre l'Université Laval, l'ASÉTAP et une autre organisation étudiante, M. Morasse obtient le 12 avril 2012 une injonction interlocutoire provisoire d'une durée de 10 jours<sup>2</sup>. L'injonction intime de laisser

<sup>2</sup> *Morasse v. Université Laval*, 2012 QCCS 1565.

<sup>2</sup> *Morasse c. Université Laval*, 2012 QCCS 1565.

free access to the facilities in which classes for the visual arts program were held. It also ordered all persons who were then boycotting classes to refrain from obstructing or otherwise blocking access to classes by way of intimidation or through other actions likely to have this effect.

[7] On April 26, 2012, Mr. Morasse brought an application to renew the injunction. On May 2, 2012, Émond J. (as he then was) renewed the injunction through a safeguard order valid until September 14, 2012.<sup>3</sup> His order reaffirmed the prohibition to obstruct or otherwise prevent access to classes, but made no specific reference to picketing generally:

[TRANSLATION]

**ORDERS** Université Laval, the Association des étudiants en arts plastiques [ASÉTAP] and any person informed of this order to give free access to the classrooms of Université Laval in which classes leading to the visual arts certificate are conducted so that those classes may be conducted in accordance with the schedule established for the winter 2012 session;

**ORDERS** all students and other persons currently boycotting classes to refrain from obstructing or impeding access to classes by means of intimidation or from taking any action that could prevent or adversely affect access to the classes in question;

**CONFERS** on Université Laval the responsibility for service, without delay, of this order in the manner provided for in the *Code of Civil Procedure* and for making the order known to any person it deems advisable so that it may, as the owner and authority responsible for the premises, ensure the proper execution of this order;

**DECLARES** that this order will remain in effect until September 14, 2012; [Underlining added; paras. 59-62 (CanLII).]

[8] Eleven days later, on May 13, 2012, Mr. Nadeau-Dubois was interviewed by RDI, CBC's French television news network,<sup>4</sup> after one CE-GEP, the Collège de Rosemont, resumed its regular

libre accès à toutes les installations où se donnent des cours du programme d'arts plastiques. Elle enjoint également à tous ceux qui boycottent alors les cours de s'abstenir d'obstruer ou de bloquer autrement l'accès aux cours par l'intimidation ou par d'autres gestes qui auraient vraisemblablement cet effet.

[7] Le 26 avril 2012, M. Morasse présente une demande de renouvellement de l'injonction. Le 2 mai 2012, le juge Émond (maintenant juge de la Cour d'appel) renouvelle l'injonction en prononçant une ordonnance de sauvegarde valide jusqu'au 14 septembre 2012<sup>3</sup>. Dans cette ordonnance, le juge réaffirme l'interdiction d'obstruer l'accès aux cours ou de nuire à cet accès, mais il ne fait aucune mention particulière du piquetage en général :

**ORDONNE** à l'Université Laval, l'Association des étudiants en arts plastiques [ASÉTAP] ainsi qu'à toute personne informée de la présente ordonnance, de laisser libre accès aux salles de cours de l'Université Laval où sont dispensés les cours menant au certificat en arts plastiques, et ce, afin que ces cours puissent être donnés à l'horaire prévu à la session d'hiver 2012;

**ORDONNE** à tous les étudiants et autres personnes qui pratiquent présentement le boycottage des cours de s'abstenir d'obstruer ou de nuire à l'accès aux cours par intimidation ou de poser toute action susceptible d'empêcher ou d'affecter négativement l'accès à ces cours;

**CONFIE** à l'Université Laval le soin de signifier sans délai la présente ordonnance selon les modalités prévues au *Code de procédure civile* et d'en informer toute personne qu'elle jugera à propos de façon à ce qu'elle puisse, à titre de propriétaire et responsable des lieux, s'assurer de la bonne exécution de la présente ordonnance;

**DÉCLARE** que la présente ordonnance demeure en vigueur jusqu'au 14 septembre 2012; [Nous soulignons; par. 59-62 (CanLII).]

[8] Onze jours plus tard, le 13 mai 2012, M. Nadeau-Dubois est interviewé par RDI, le réseau français de l'information de Radio-Canada, après qu'un cégep, le Collège de Rosemont, eut repris son

<sup>3</sup> *Morasse v. Université Laval*, 2012 QCCS 1859.

<sup>4</sup> Réseau de l'information, a service of the Canadian Broadcasting Corporation.

<sup>3</sup> *Morasse c. Université Laval*, 2012 QCCS 1859.

schedule of classes upon being ordered to do so by the Superior Court.<sup>5</sup> Appearing with him was Léo Bureau-Blouin, head of the Fédération étudiante collégiale du Québec, a coalition representing student unions in Quebec's CEGEPs and private colleges. The interview was broadcast live throughout the province. The relevant portions are as follows:

[TRANSLATION]

[RDI Interviewer]: Let's talk in concrete terms about what's happening on the ground, Léo Bureau-Blouin, so tomorrow, we see that at the Rosemont CEGEP, students are being encouraged to return to class. You, for your part, are you still urging strikers to set up picket lines to prevent students from entering . . . Lionel-Groulx as well . . . there are injunctions all over the place in some CEGEPs . . . ?

[Léo Bureau-Blouin]: There're no demonstrations organized directly by the federation, but every time there are forced returns to class like this, of course it leads to picket lines that go up right in front of the college. We have of course urged students, for example, to comply with the injunctions, you know, when there are specific court orders, not to block the path of certain students, I think it's important to comply with them, but it's sure that the decision made by Rosemont College, I think it's a dangerous decision that could potentially cause tension because, first of all, the vote by the students was a democratic one after all, so this creates some uneasiness for teachers in actually crossing the picket lines there or going to give classes despite the vote, but it also causes tension above all because there're students who want to go to class and there're others who don't want classes to resume, and this leads to heated exchanges and potentially to fights, whereas at this point we're in fact trying to calm the dispute, and it's working, as the situation's been a bit calmer in Montréal the last few days.

[RDI Interviewer]: As for CLASSE, Gabriel Nadeau-Dubois, what's the reaction to the return to class tomorrow, are you, well, are you still encouraging picketing to prevent, um?

horaire normal parce qu'une ordonnance de la Cour supérieure lui enjoignait de le faire<sup>4</sup>. Participe également à l'entrevue M. Léo Bureau-Blouin, dirigeant de la Fédération étudiante collégiale du Québec, une coalition représentant des associations étudiantes des cégeps et collèges privés du Québec. L'entrevue est diffusée en direct partout dans la province. Les extraits pertinents sont reproduits ci-après :

[Journaliste de RDI] : On va parler concrètement sur le terrain, Léo Bureau-Blouin, bon demain, on a vu du côté du Cégep de Rosemont, on incite les étudiants à revenir en classe. Vous de votre côté, est-ce que vous invitez toujours les grévistes à ériger des piquets de grève pour empêcher les étudiants d'entrer . . . Lionel-Groulx également . . . il y a des injonctions un peu partout dans certains cégeps . . . ?

[Léo Bureau-Blouin] : Il n'y a pas de manifestation qui est organisée directement par la fédération, mais à chaque fois qu'il y a des retours comme ça forcés en classe, évidemment ça amène des piquets justement qui s'érigent devant le collège, c'est sûr que nous on a invité les étudiants par exemple à respecter les injonctions hein, quand y a des ordres précis de la Cour, pour ne pas bloquer le passage de certains étudiants, ça je pense que c'est important qu'on les respecte, mais c'est sûr que la décision du Collège de Rosemont, je pense c'est une décision qui est dangereuse qui peut potentiellement amener des tensions parce que dans un premier temps c'est un vote qui a été pris de manière démocratique quand même par les étudiants donc ça crée un malaise pour les enseignants de franchir justement ces piquets de grève là ou de malgré le vote d'aller donner les cours mais surtout aussi que ça amène des tensions parce qu'il y a des étudiants qui veulent entrer en classe, y en a d'autres qui veulent pas que les cours reprennent et ça amène des échauffourées, potentiellement des bagarres alors qu'en ce moment justement on essaie de pacifier le conflit et ça marche parce que depuis quelques jours la situation est un peu plus calme à Montréal.

[Journaliste de RDI] : À la CLASSE Gabriel Nadeau-Dubois, on réagit comment devant ce retour en classe demain, est-ce que bon vous, de votre côté, vous encouragez encore les piquets de grève pour empêcher euh?

<sup>5</sup> *Lavoie v. Collège de Rosemont*, 2012 QCCS 1685; *Goudreau v. Collège de Rosemont*, 2012 QCCS 2017.

<sup>4</sup> *Lavoie c. Collège de Rosemont*, 2012 QCCS 1685; *Goudreau c. Collège de Rosemont*, 2012 QCCS 2017.

[Gabriel Nadeau-Dubois]: What's clear is that such decisions, such attempts to force students back to class, they never work because the students who've been on strike for 13 weeks are standing together, they respect, and I'm speaking generally here, respect the democratic will expressed through the strike vote, and I think it's perfectly legitimate for students to take action to uphold the democratic choice that was made to go on strike. It's quite unfortunate that there's really a minority of students who're using the courts to circumvent the collective decision that was made. So we find it perfectly legitimate for people to do what they have to do to enforce the strike vote, and if that takes picket lines, we think it's a perfectly legitimate way to do it.

(R.F., at para. 62)

[9] On May 15, 2012, Mr. Morasse, acting under art. 53 of the *Code of Civil Procedure*,<sup>6</sup> filed a motion for contempt against Mr. Nadeau-Dubois for his comments in the interview. In this motion filed in his pending proceedings against Université Laval and ASÉTAP, Mr. Morasse claimed that Mr. Nadeau-Dubois' comments violated the following paragraph in Émond J.'s May 2nd order:

[TRANSLATION] **ORDERS** all students and other persons currently boycotting classes to refrain from obstructing or impeding access to classes by means of intimidation or from taking any action that could prevent or adversely affect access to the classes in question; [para. 60]

<sup>6</sup> CQLR, c. C-25 (repealed):

**53.** No one may be condemned for contempt of court committed out of the presence of the judge, unless he has been served with a special rule ordering him to appear before the court, on the day and at the hour fixed, to hear proof of the acts with which he is charged and to urge any grounds of defence that he may have.

The judge may issue the rule *ex officio* or on application. Service of this rule is not required; it may be presented before a judge of the district where the contempt was committed.

The rule must be served personally, unless for valid reasons another mode of service is authorized by the judge.

[Gabriel Nadeau-Dubois] : Ce qui est clair c'est que ces décisions-là, ces tentatives-là de forcer le retour en classe, ça ne fonctionne jamais parce que les étudiants et les étudiantes qui sont en grève depuis 13 semaines sont solidaires les uns les autres, respectent, de manière générale là, respectent la volonté démocratique qui s'est exprimée à travers le vote de grève et je crois qu'il est tout à fait légitime pour les étudiants et étudiantes de prendre les moyens pour faire respecter le choix démocratique qui a été fait d'aller en grève. C'est tout à fait regrettable là qu'il y ait vraiment une minorité d'étudiants et d'étudiantes qui utilisent les tribunaux pour contourner la décision collective qui a été prise. Donc nous, on trouve ça tout à fait légitime là, que les gens prennent les moyens nécessaires pour faire respecter le vote de grève et si ça prend des lignes de piquetage, on croit que c'est un moyen tout à fait légitime de le faire.

(m.i., par. 62)

[9] Le 15 mai 2012, M. Morasse, agissant en application de l'art. 53 du *Code de procédure civile*<sup>5</sup> (« *C.p.c.* » ou « *Code* »), dépose une requête pour outrage contre M. Nadeau-Dubois pour les commentaires qu'il a émis durant l'entrevue. Dans cette requête, déposée dans le cadre de son instance pendante contre l'Université Laval et l'ASÉTAP, M. Morasse allègue que les commentaires de M. Nadeau-Dubois violent le paragraphe suivant de l'ordonnance prononcée le 2 mai par le juge Émond :

**ORDONNE** à tous les étudiants et autres personnes qui pratiquent présentement le boycottage des cours de s'abstenir d'obstruer ou de nuire à l'accès aux cours par intimidation ou de poser toute action susceptible d'empêcher ou d'affecter négativement l'accès à ces cours; [par. 60]

<sup>5</sup> RLRQ, c. C-25 (abrogé) :

**53.** Nul ne peut être condamné pour outrage au tribunal commis hors la présence du juge, s'il n'a été assigné par ordonnance spéciale lui enjoignant de comparaître devant le tribunal, au jour et à l'heure indiqués, pour entendre la preuve des faits qui lui sont reprochés et faire valoir les moyens de défense qu'il peut avoir.

Le juge peut émettre l'ordonnance d'office ou sur demande. Cette demande n'a pas à être signifiée et peut être présentée devant un juge du district où l'outrage a été commis.

L'ordonnance doit être signifiée à personne, à moins que pour raison valable le juge n'autorise un autre mode de signification.

[10] The motion alleged only a violation of art. 761 of the *Code*, which stated:

**761.** Any person named or described in an order of injunction, who infringes or refuses to obey it, and any person not described therein who knowingly contravenes it, is guilty of contempt of court and may be condemned to a fine not exceeding \$50,000, with or without imprisonment for a period up to one year, and without prejudice to the right to recover damages. Such penalties may be repeatedly inflicted until the contravening party obeys the injunction.

The court may also order the destruction or removal of anything done in contravention of the injunction, if there is reason to do so.

[11] On May 17, 2012, Jacques J. ordered Mr. Nadeau-Dubois to appear before the court on May 29, 2012, to respond to the allegations and evidence raised in Mr. Morasse’s motion for contempt.<sup>7</sup> In this “special rule” order that he issued pursuant to art. 53 of the *Code*, Jacques J. described the allegations made against Mr. Nadeau-Dubois as follows: [TRANSLATION] “. . . did, on the air on the RDI television network, publicly incite people to contravene the order [the order of Émond J., that is] by preventing students, including the plaintiff [Mr. Morasse], from having access to their classes” (para. 3 (CanLII)).

[12] On his own initiative, Jacques J. also referred to the first paragraph of art. 50 of the *Code* in the reasons for the order (only the first paragraph is relevant to this appeal):

**50.** Anyone is guilty of contempt of court who disobeys any process or order of the court or of a judge thereof, or who acts in such a way as to interfere with the orderly administration of justice, or to impair the authority or dignity of the court.

The special rule did not indicate, however, which part of art. 50 para. 1 was at issue. Nor did it refer

[10] La requête se limite à alléguer une violation de l’art. 761 du *Code*, qui dispose :

**761.** Toute personne nommée ou désignée dans une ordonnance d’injonction, qui la transgresse ou refuse d’y obéir, de même que toute personne non désignée qui y contrevient sciemment, se rendent coupables d’outrage au tribunal et peuvent être condamnées à une amende n’excédant pas 50 000 \$, avec ou sans emprisonnement pour une durée d’au plus un an, et sans préjudice à tous recours en dommages-intérêts. Ces pénalités peuvent être infligées derechef jusqu’à ce que le contrevenant se soit conformé à l’injonction.

Le tribunal peut également ordonner que ce qui a été fait en contravention à l’injonction soit détruit ou enlevé, s’il y a lieu.

[11] Le 17 mai 2012, le juge Jacques ordonne à M. Nadeau-Dubois de comparaître le 29 mai suivant pour répondre aux allégations énoncées dans la requête pour outrage de M. Morasse, ainsi qu’à la preuve présentée dans ce contexte<sup>6</sup>. Dans l’« ordonnance spéciale de comparaître » qu’il prononce en application de l’art. 53 du *C.p.c.*, le juge Jacques décrit en ces termes les allégations formulées contre M. Nadeau-Dubois : « . . . a, sur les ondes du réseau de télévision RDI, incité publiquement les gens à contrevenir à l’ordonnance rendue [c’est-à-dire l’ordonnance rendue par le juge Émond] en empêchant les étudiants et étudiantes, dont le demandeur [à savoir, M. Morasse], à avoir accès à leurs cours » (par. 3 (CanLII)).

[12] De son propre chef, le juge Jacques fait aussi référence dans les « considérants » de l’ordonnance au premier alinéa de l’art. 50 du *C.p.c.* (le seul à être pertinent dans le présent pourvoi) :

**50.** Est coupable d’outrage au tribunal celui qui contrevient à une ordonnance ou à une injonction du tribunal ou d’un de ses juges, ou qui agit de manière, soit à entraver le cours normal de l’administration de la justice, soit à porter atteinte à l’autorité ou à la dignité du tribunal.

Toutefois, l’ordonnance spéciale de comparaître ne précise pas quelle partie du premier alinéa de

<sup>7</sup> *Morasse v. Nadeau-Dubois*, 2012 QCCS 2141.

<sup>6</sup> *Morasse c. Nadeau-Dubois*, 2012 QCCS 2141.

to any other injunction besides the May 2nd order of Émond J.

[13] The minutes and the transcript of the May 29, 2012 hearing at which the evidence against Mr. Nadeau-Dubois was disclosed, made it clear that the parties agreed that Mr. Nadeau-Dubois was only being charged with having actually violated para. 60 of the specific May 2, 2012 injunction by committing an action susceptible of preventing or of negatively affecting access to the classes.

[14] On the merits of the contempt motion, Jacques J. concluded that because Émond J.'s order had not been served on Mr. Nadeau-Dubois, he could not be found guilty of contempt of court under art. 761. However, he found him guilty under that part of art. 50 para. 1, which creates the offence of contempt for acts that interfere with the authority or dignity of the court. Jacques J. concluded that Mr. Nadeau-Dubois' knowledge of the injunction could be inferred from the fact that ASÉTAP, which was served with the order, was a member of CLASSE at the time of its issuance. Since Mr. Nadeau-Dubois was CLASSE's spokesperson at the time, his knowledge could be inferred. Knowledge could also be inferred from his words in the interview, and from his assumed knowledge of other unspecified injunctions that had been issued by other courts around the same time. His statements reflected an intention to obstruct justice or undermine judicial authority. And by encouraging the contravention of injunctions generally, his words had the *effect* of encouraging the contravention of Émond J.'s injunction.<sup>8</sup>

[15] Mr. Nadeau-Dubois was sentenced to 120 hours of community service, to be completed within six months under the supervision of a probation officer.<sup>9</sup>

l'art. 50 est en cause. Aucune injonction autre que celle prononcée par le juge Émond le 2 mai n'y est par ailleurs mentionnée.

[13] Il ressort clairement du procès-verbal et des notes sténographiques de l'audience du 29 mai 2012 — lors de laquelle la preuve contre M. Nadeau-Dubois est communiquée — que, pour toutes les parties, la seule accusation portée contre M. Nadeau-Dubois est celle d'avoir effectivement violé le par. 60 de l'injonction prononcée le 2 mai 2012 en posant un geste susceptible d'empêcher ou d'affecter négativement l'accès aux cours.

[14] Sur le fond de la requête pour outrage, le juge Jacques conclut que M. Nadeau-Dubois ne peut pas être reconnu coupable d'outrage au tribunal en application de l'art. 761 puisque l'ordonnance du juge Émond ne lui a pas été signifiée. Toutefois, le juge le déclare coupable en vertu de la disposition du premier alinéa de l'art. 50 qui crée l'infraction d'outrage pour des actes qui portent atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal. Le juge Jacques conclut que la connaissance qu'avait M. Nadeau-Dubois de l'injonction peut être inférée du fait que l'ASÉTAP, à qui l'ordonnance a été signifiée, était membre de la CLASSE au moment où l'ordonnance a été prononcée. Puisque M. Nadeau-Dubois était le porte-parole de la CLASSE à l'époque, sa connaissance peut être inférée. La connaissance qu'il avait de l'injonction peut également être inférée de ses propos tenus lors de l'entrevue, et de sa connaissance présumée d'autres injonctions non précisées que d'autres tribunaux ont prononcées à la même époque. Pour le juge Jacques, les déclarations de M. Nadeau-Dubois témoignent d'une intention d'entraver l'administration de la justice ou de porter atteinte à l'autorité des tribunaux. Qui plus est, en incitant à contrevenir aux injonctions généralement, ses propos ont eu pour *effet* d'inciter à contrevenir à l'injonction du juge Émond<sup>7</sup>.

[15] Monsieur Nadeau-Dubois est condamné à accomplir 120 heures de travaux communautaires dans un délai de six mois sous la supervision d'un agent de probation<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> [2012] R.J.Q. 2174.

<sup>9</sup> [2012] R.J.Q. 2279.

<sup>7</sup> [2012] R.J.Q. 2174.

<sup>8</sup> [2012] R.J.Q. 2279.

[16] The Quebec Court of Appeal unanimously allowed the appeal.<sup>10</sup> Dufresne J.A., writing for the court, concluded that the statements made during the television interview fell short of establishing that Mr. Nadeau-Dubois knew of the existence and content of Émond J.'s order. The question to which Mr. Nadeau-Dubois was responding in the interview dealt with an injunction granted against a CEGEP, not with the order issued on May 2nd by Émond J. against Université Laval. Nor was it appropriate to infer knowledge of that specific order from Mr. Nadeau-Dubois' general reference to [TRANSLATION] "such attempts to force students back to class".

[17] The Court of Appeal agreed with Jacques J. that art. 761 did not apply because Mr. Nadeau-Dubois was neither named nor designated in the injunction. The only issue, therefore, was whether Mr. Nadeau-Dubois was guilty under art. 50 para. 1. The court concluded that the *mens rea* was not met because it was not proven beyond a reasonable doubt that Mr. Nadeau-Dubois knew of the May 2nd injunction. In those circumstances, it would be improper to impute an intention to Mr. Nadeau-Dubois to encourage others to breach an order of which he had no knowledge. As for the *actus reus*, the court found that in any event, the words spoken were ambiguous, and that it could not therefore conclude beyond a reasonable doubt that these words incited or encouraged persons to violate the injunction. The conviction and sentence were consequently set aside and an acquittal entered.

[18] We agree with the conclusions of the Court of Appeal. Jacques J. made both legal and palpable and overriding errors that justified the Court of Appeal's intervention. For the following reasons, we would dismiss the appeal.

#### Analysis

[19] In Quebec, the power to find an individual guilty of contempt of court is an exceptional one.

<sup>10</sup> 2015 QCCA 78.

[16] Dans un arrêt unanime, la Cour d'appel du Québec accueille l'appel<sup>9</sup>. Au nom de la cour, le juge Dufresne conclut que les propos tenus pendant l'entrevue à la télévision ne permettent pas d'établir que M. Nadeau-Dubois connaissait l'existence et la teneur de l'ordonnance du juge Émond. La question à laquelle M. Nadeau-Dubois répondait en entrevue portait sur l'injonction prononcée contre un cégep, et non sur l'ordonnance rendue le 2 mai par le juge Émond contre l'Université Laval. En outre, la référence générale de M. Nadeau-Dubois à « ces tentatives-là de forcer le retour en classe » ne permet pas d'inférer la connaissance de cette ordonnance en particulier.

[17] La Cour d'appel se dit d'accord avec le juge Jacques pour conclure que l'art. 761 ne s'applique pas, puisque M. Nadeau-Dubois n'était ni nommé ni visé par l'injonction. La seule question à trancher est donc celle de savoir si M. Nadeau-Dubois est coupable en application du premier alinéa de l'art. 50. La cour conclut que la *mens rea* n'a pas été établie, puisqu'il n'a pas été prouvé hors de tout doute raisonnable que M. Nadeau-Dubois avait connaissance de l'injonction du 2 mai. Dans de telles circonstances, on ne peut imputer à M. Nadeau-Dubois une intention d'inciter d'autres personnes à violer une ordonnance dont il n'avait pas connaissance. Quant à l'*actus reus*, la cour conclut que, de toute façon, les paroles prononcées étaient ambiguës, si bien qu'elle ne peut conclure hors de tout doute raisonnable que ces paroles ont incité ou encouragé quiconque à violer l'injonction. La cour annule donc la déclaration de culpabilité ainsi que la peine et prononce un verdict d'acquiescement.

[18] Nous souscrivons aux conclusions de la Cour d'appel. Le juge Jacques a commis des erreurs de droit de même que des erreurs manifestes et déterminantes qui justifiaient l'intervention de la Cour d'appel. Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

#### Analyse

[19] Au Québec, le pouvoir de déclarer une personne coupable d'outrage au tribunal en est un

<sup>9</sup> 2015 QCCA 78.

Courts have consistently discouraged its routine use to obtain compliance with court orders. It is, in short, an enforcement power of last resort: *Caron v. Paul Albert Chevrolet Buick Cadillac inc.*, 2016 QCCA 564, at paras. 25-26 (CanLII), citing *Carey v. Laiken*, [2015] 2 S.C.R. 79, at para. 36; *Centre commercial Les Rivières ltée v. Jean bleu inc.*, 2012 QCCA 1663, at paras. 7-8 (CanLII).

[20] Contempt of court is the only civil proceeding that may result in a penalty of imprisonment in Quebec: *Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 S.C.R. 1065, at p. 1076; art. 1 of the *Code of Civil Procedure*; art. 62 of the new *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01, which came into force on January 1, 2016. Because of the potential impact on an individual's liberty, the formalities for contempt proceedings must be strictly complied with — clear, precise and unambiguous notice of the specific offence for which he or she is being charged must be given to the accused, and the elements required for a conviction must be proven beyond a reasonable doubt: *Guay v. Lebel*, 2016 QCCA 1555, at para. 8 (CanLII); *Droit de la famille — 122875* (2012), 29 R.F.L. (7th) 137 (Que. C.A.), at paras. 24 and 30, and *Javanmardi v. Collège des médecins du Québec*, [2013] R.J.Q. 328 (C.A.), at para. 26, both citing *Godin v. Godin* (2012), 317 N.S.R. (2d) 204 (C.A.), at para. 47; art. 53.1 of the *Code of Civil Procedure*; Céline Gervais, *L'injonction* (2nd ed. 2005), at p. 125; *Vidéotron*, at p. 1077, citing *Imperial Oil Ltd. v. Tanguay*, [1971] C.A. 109. This insistence on formalism is especially important in the exceptional context of contempt proceedings brought by private parties.

[21] In all cases of contempt, it is crucial that courts stay alert to the exceptional nature of their contempt powers, using it only as a measure of last resort. A conviction for contempt should only be entered where it is genuinely necessary to safeguard the administration of justice: *Centre commercial Les Rivières*, at paras. 7 and 65-66; *Constructions Louisbourg ltée v. Société Radio-Canada*, 2014 QCCA 155, at para. 26 (CanLII).

d'exception. Les tribunaux ont toujours refusé de l'exercer de façon routinière pour faire respecter des ordonnances judiciaires. En somme, il s'agit d'un pouvoir qui ne doit être exercé qu'en dernier recours : *Caron c. Paul Albert Chevrolet Buick Cadillac inc.*, 2016 QCCA 564, par. 25-26 (CanLII), citant *Carey c. Laiken*, [2015] 2 R.C.S. 79, par. 36; *Centre commercial Les Rivières ltée c. Jean bleu inc.*, 2012 QCCA 1663, par. 7-8 (CanLII).

[20] L'outrage au tribunal est la seule procédure civile au Québec qui peut donner lieu à une peine d'emprisonnement : *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065, p. 1076; article premier du *Code de procédure civile*; art. 62 du nouveau *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016. En raison des répercussions éventuelles qu'elle peut avoir sur la liberté de l'intéressé, les formalités de la procédure pour outrage doivent être strictement respectées; un avis clair, précis et sans ambiguïté de l'infraction particulière d'outrage dont il est inculpé doit être donné à l'accusé, et les éléments nécessaires à la déclaration de culpabilité doivent être prouvés hors de tout doute raisonnable : *Guay c. Lebel*, 2016 QCCA 1555, par. 8 (CanLII); *Droit de la famille — 122875* (2012), 29 R.F.L. (7th) 137 (C.A. Qc), par. 24 et 30, et *Javanmardi c. Collège des médecins du Québec*, [2013] R.J.Q. 328 (C.A.), par. 26, citant tous les deux *Godin c. Godin* (2012), 317 N.S.R. (2d) 204 (C.A.), par. 47; art. 53.1 du *Code de procédure civile*; Céline Gervais, *L'injonction* (2<sup>e</sup> éd. 2005), p. 125; *Vidéotron*, p. 1077, citant *Imperial Oil Ltd. c. Tanguay*, [1971] C.A. 109. Cette insistence sur le formalisme est particulièrement importante dans le cadre exceptionnel de la procédure pour outrage introduite par des parties privées.

[21] Dans toutes les affaires d'outrage, il est essentiel que les tribunaux gardent à l'esprit le caractère exceptionnel de leurs pouvoirs en la matière et ne les exercent qu'à titre de mesure de dernier recours. Une déclaration de culpabilité pour outrage ne doit être prononcée que lorsqu'il est véritablement nécessaire de protéger l'administration de la justice : *Centre commercial Les Rivières*, par. 7 et 65-66; *Constructions Louisbourg ltée c. Société Radio-Canada*, 2014 QCCA 155, par. 26 (CanLII).

[22] At the time Mr. Morasse instituted proceedings against Mr. Nadeau-Dubois, the offence of contempt of court existed in two separate provisions of the *Code of Civil Procedure*, arts. 50 and 761.<sup>11</sup> Article 50 para. 1, which fell within the section of the *Code* that laid out the powers of the courts and judges, established the courts' general ability to hold someone in contempt:

**50.** Anyone is guilty of contempt of court who disobeys any process or order of the court or of a judge thereof, or who acts in such a way as to interfere with the orderly administration of justice, or to impair the authority or dignity of the court.

[23] Article 761 was part of the section of the *Code of Civil Procedure* that dealt with injunctions. It created an offence for contempt of court that related specifically to breaching injunctions:

**761.** Any person named or described in an order of injunction, who infringes or refuses to obey it, and any person not described therein who knowingly contravenes it, is guilty of contempt of court and may be condemned to a fine not exceeding \$50,000, with or without imprisonment for a period up to one year, and without prejudice to the right to recover damages. Such penalties may be repeatedly inflicted until the contravening party obeys the injunction.

The court may also order the destruction or removal of anything done in contravention of the injunction, if there is reason to do so.

[24] Both arts. 50 and 761 have been interpreted harmoniously with the common law: see, e.g., *Vidéotron*, at p. 1078; *Trudel v. Foucher*, 2015 QCCA 691, at para. 31 (CanLII); *Chamandy v. Chartier*,

<sup>11</sup> Quebec's new *Code of Civil Procedure* contains only one provision setting out an offence for contempt of court, effectively consolidating the separate provisions of the old *Code*. Article 58 of the new *Code* states:

**58.** A person who disobeys a court order or injunction or acts in such a way as to interfere with the orderly administration of justice or undermine the authority or dignity of the court is guilty of contempt of court.

A person not named in an injunction who disobeys that injunction is guilty of contempt of court only if the person does so knowingly.

[22] À l'époque où M. Morasse engage sa procédure contre M. Nadeau-Dubois, l'infraction d'outrage au tribunal est prévue dans deux dispositions distinctes du *C.p.c.*, soit les art. 50 et 761<sup>10</sup>. Le premier alinéa de l'art. 50, qui se trouve dans la partie du *Code* qui énonce les pouvoirs des tribunaux et des juges, établit la compétence *générale* des tribunaux de déclarer quelqu'un coupable d'outrage :

**50.** Est coupable d'outrage au tribunal celui qui contrevient à une ordonnance ou à une injonction du tribunal ou d'un de ses juges, ou qui agit de manière, soit à entraver le cours normal de l'administration de la justice, soit à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal.

[23] L'article 761 se trouve dans la partie du *C.p.c.* qui porte sur les injonctions. Il crée l'infraction d'outrage au tribunal qui se rapporte spécifiquement aux violations d'injonctions :

**761.** Toute personne nommée ou désignée dans une ordonnance d'injonction, qui la transgresse ou refuse d'y obéir, de même que toute personne non désignée qui y contrevient sciemment, se rend coupables d'outrage au tribunal et peuvent être condamnées à une amende n'excédant pas 50 000 \$, avec ou sans emprisonnement pour une durée d'au plus un an, et sans préjudice à tous recours en dommages-intérêts. Ces pénalités peuvent être infligées derechef jusqu'à ce que le contrevenant se soit conformé à l'injonction.

Le tribunal peut également ordonner que ce qui a été fait en contravention à l'injonction soit détruit ou enlevé, s'il y a lieu.

[24] Les articles 50 et 761 ont été tous les deux interprétés en harmonie avec la common law : voir, par ex., *Vidéotron*, p. 1078; *Trudel c. Foucher*, 2015 QCCA 691, par. 31 (CanLII); *Chamandy c. Chartier*,

<sup>10</sup> Le nouveau *Code de procédure civile* du Québec ne renferme qu'une seule disposition créant l'infraction d'outrage au tribunal, réunissant de fait les dispositions distinctes de l'ancien *Code*. L'article 58 du nouveau *Code* dispose :

**58.** Se rend coupable d'outrage au tribunal la personne qui contrevient à une ordonnance ou à une injonction du tribunal ou qui agit de manière à entraver le cours de l'administration de la justice ou à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal.

En matière d'injonction, la personne qui n'y est pas désignée ne se rend coupable d'outrage au tribunal que si elle y contrevient sciemment.

2015 QCCA 1142, at paras. 26 and 31 (CanLII); *Montréal (Ville de) v. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP), section locale 301*, 2006 QCCS 5273, at para. 117 (CanLII); *Gougoux v. Richard*, 2005 CanLII 37770 (Que. Sup. Ct.), at paras. 28-31.

[25] The offence of contempt of court at art. 50 para. 1 has two branches. Where a particular court order or process is at issue, both branches require actual or inferred knowledge of it. Actual knowledge may be shown by evidence that a court order was personally served on the person accused of contempt, or it can be inferred from the surrounding circumstances or from the individual's conduct: *Estrada v. Young*, 2005 QCCA 493, at para. 11 (CanLII); *Zhang v. Chau* (2003), 229 D.L.R. (4th) 298 (Que. C.A.), at paras. 30-31. But actual knowledge cannot be inferred from the conduct of others or from service of the court order on persons other than the accused: *Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal*, at para. 128. Moreover, where a court order is alleged to have been breached, it must state clearly and unequivocally what is required or prohibited. This ensures that an individual will not be convicted of contempt if the court order is vague: *Paul Albert Chevrolet*, at para. 26; *Carey*, at para. 33.

[26] The first branch relates to disobeying any process or order of the court or of a judge. The person accused of contempt must have intentionally done the act that the order prohibits or intentionally failed to do the act that the order compels: *Carey*, at para. 35.

[27] The second branch of art. 50 para. 1 is different. The *actus reus* is made out where a person “acts in such a way as to interfere with the orderly administration of justice” or “to impair the authority or dignity of the court”. The acts done, or the words complained of must either succeed in doing so, or create a serious or substantial risk of having this effect: Adrian Popovici, *L'outrage au tribunal* (1977), at p. 41; *R. v. Kopyto* (1987), 62 O.R. (2d) 449 (C.A.), at p. 512, citing *Attorney-General*

2015 QCCA 1142, par. 26 et 31 (CanLII); *Montréal (Ville de) c. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP), section locale 301*, 2006 QCCS 5273, par. 117 (CanLII); *Gougoux c. Richard*, 2005 CanLII 37770 (C.S. Qc), par. 28-31.

[25] L'infraction d'outrage au tribunal décrite au premier alinéa de l'art. 50 comporte deux volets. Lorsqu'une ordonnance ou une injonction en particulier du tribunal est en cause, les deux volets exigent la connaissance réelle ou inférée de l'ordonnance ou de l'injonction. La connaissance réelle peut être établie par la preuve que l'ordonnance du tribunal a été signifiée personnellement à l'individu accusé d'outrage. Elle peut aussi être inférée des circonstances ou du comportement de l'intéressé : *Estrada c. Young*, 2005 QCCA 493, par. 11 (CanLII); *Zhang c. Chau* (2003), 229 D.L.R. (4th) 298 (C.A. Qc), par. 30-31. Toutefois, la connaissance réelle ne peut être inférée du comportement d'autrui ou de la signification de l'ordonnance du tribunal à d'autres personnes que l'accusé : *Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal*, par. 128. En outre, lorsqu'on allègue la violation d'une ordonnance du tribunal, il faut que l'ordonnance énonce clairement et sans équivoque ce qui est exigé ou interdit. Cette exigence vise à faire en sorte que l'intéressé ne soit pas déclaré coupable d'outrage si l'ordonnance du tribunal est vague : *Paul Albert Chevrolet*, par. 26; *Carey*, par. 33.

[26] Le premier volet vise la contravention à une ordonnance ou à une injonction du tribunal ou d'un juge. La personne accusée d'outrage doit avoir intentionnellement commis un acte interdit par l'ordonnance ou intentionnellement omis de commettre un acte comme elle l'exige : *Carey*, par. 35.

[27] Le deuxième volet du premier alinéa de l'art. 50 est différent. L'*actus reus* est établi lorsque la personne « agit de manière, soit à entraver le cours normal de l'administration de la justice, soit à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal ». Les actes posés ou les propos reprochés doivent soit avoir cet effet, soit créer un risque sérieux ou important de l'avoir : Adrian Popovici, *L'outrage au tribunal* (1977), p. 41; *R. c. Kopyto* (1987), 62 O.R. (2d) 449 (C.A.), p. 512, citant *Attorney-General c.*

*v. Times Newspapers Ltd.*, [1973] 3 All E.R. 54 (H.L.), at pp. 66-67, per Lord Morris of Borth-y-Gest. Encouraging third parties to breach a court order is just one example of what may constitute the *actus reus* for this branch of civil contempt: Denis Ferland, “La Cour suprême et l’outrage au tribunal en matière d’injonction: Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. c. Cutter (Canada) Ltd.” (1985), 45 *R. du B.* 462, at p. 464; *Borrie & Lowe: The Law of Contempt* (4th ed. 2010), at p. 145.

[28] The *mens rea* for this form of contempt, at common law and in the law of Quebec, is an intention to “vilify the administration of justice”, to “destroy public confidence therein”, or to “excite disaffection against it”: *Kopyto*, at p. 514, citing *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265, at p. 344; *Re Ouellet (No. 1)* (1976), 28 C.C.C. (2d) 338 (Que. Sup. Ct.), at pp. 356-57; *Gougoux*, at para. 30. Good faith criticism of judicial institutions and their decisions, even where vigorous and outspoken, falls short of this threshold: *Kopyto*, at p. 502, per Dubin J.A., dissenting in part; *Prud’homme v. Prud’homme*, 1997 CanLII 8253 (Que. Sup. Ct.), at paras. 8-9.

#### Application

[29] In our view, the appeal should be dismissed.

[30] Mr. Nadeau-Dubois was ordered by Jacques J. to appear to answer charges under both arts. 50 para. 1 and 761 of the *Code of Civil Procedure*, notwithstanding that Mr. Morasse only brought charges under art. 761. As noted, the accused in a contempt proceeding must be made aware of the precise nature of the charges laid against him or her: *Droit de la famille*, at paras. 26-27. To protect the rights of the accused, any doubt or ambiguity in this regard must enure to his or her benefit. The only allegations raised here by Mr. Morasse against Mr. Nadeau-Dubois related to an alleged violation of para. 60 of Émond J.’s order through the comments made in the interview. No other court order besides that of Émond J. was raised in the special rule. This was made very clear at the May 29, 2012 hearing. Even Jacques J.’s reasons acknowledged that it was

*Times Newspapers Ltd.*, [1973] 3 All E.R. 54 (H.L.), p. 66-67, lord Morris de Borth-y-Gest. Inciter des tiers à violer une ordonnance du tribunal n’est qu’un exemple parmi d’autres de ce que peut constituer l’*actus reus* de ce volet de l’outrage en matière civile : Denis Ferland, « La Cour suprême et l’outrage au tribunal en matière d’injonction : Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. c. Cutter (Canada) Ltd. » (1985), 45 *R. du B.* 462, p. 464; *Borrie & Lowe : The Law of Contempt* (4<sup>e</sup> éd. 2010), p. 145.

[28] La *mens rea* de cette forme d’outrage, tant en common law qu’en droit québécois, est l’intention de [TRADUCTION] « dénigrer l’administration de la justice », de « miner la confiance du public à son égard », ou d’« inciter à la désaffection à son endroit » : *Kopyto*, p. 514, citant *Boucher c. The King*, [1951] R.C.S. 265, p. 344; *Re Ouellet (No. 1)* (1976), 28 C.C.C. (2d) 338 (C.S. Qc), p. 356-357; *Gougoux*, par. 30. La critique de bonne foi des institutions judiciaires et de leurs décisions, même lorsqu’elle est vigoureuse et véhémement, n’atteint pas ce seuil : *Kopyto*, p. 502, le juge Dubin de la Cour d’appel, dissident en partie; *Prud’homme c. Prud’homme*, 1997 CanLII 8253 (C.S. Qc), par. 8-9.

#### Application

[29] Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi.

[30] Le juge Jacques a ordonné à M. Nadeau-Dubois de comparaître pour répondre à des accusations fondées à la fois sur le premier alinéa de l’art. 50 et sur l’art. 761 du *C.p.c.*, même si M. Morasse n’avait porté des accusations qu’en vertu de la seconde de ces dispositions. Rappelons que, dans une procédure pour outrage, l’accusé doit être informé de la nature précise des accusations portées contre lui : *Droit de la famille*, par. 26-27. Pour protéger les droits de l’accusé, tout doute ou ambiguïté à cet égard doit jouer en sa faveur. En l’espèce, les seules allégations qu’a soulevées M. Morasse à l’endroit de M. Nadeau-Dubois se rapportaient à une violation alléguée du par. 60 de l’ordonnance du juge Émond par les propos tenus en entrevue. Aucune ordonnance judiciaire autre que celle du juge Émond n’a été invoquée dans l’ordonnance spéciale

imperative that he be convinced beyond a reasonable doubt that Mr. Nadeau-Dubois knew the content of that order specifically (paras. 2, 49, 51(2) and 67).

[31] Since Mr. Nadeau-Dubois was neither named nor described in the injunction issued by Édmond J. on May 2, 2012, both prior courts concluded that a conviction for contempt under art. 761 of the *Code* could not be entered against him. This was not argued further by Mr. Morasse before us.

[32] Turning to art. 50 para. 1, while it contains two branches, Mr. Nadeau-Dubois was however not given notice as to which specific part, if any, he was being charged under. Instead, the special rule simply referred to the whole paragraph. Absent other precision, this meant that the only offence against which Mr. Nadeau-Dubois was required to defend himself was with regard to what Mr. Morasse detailed in the allegations of his motion for contempt.

[33] As previously noted, to have Mr. Nadeau-Dubois convicted under the first branch of art. 50 para. 1, Mr. Morasse had the onus of proving beyond a reasonable doubt that Édmond J.'s order was clear, that Mr. Nadeau-Dubois had knowledge of it and that he intentionally did what the order prohibited. Yet, there was no evidence that Mr. Nadeau-Dubois had knowledge, either actual or inferred, of the May 2nd injunction. Mr. Nadeau-Dubois was not personally served with a copy of the injunction. Marie-Pierre Bocquet, who was President of ASÉTAP at the time the injunction was issued, acknowledged that she had been served with a copy of the May 2nd order, but testified that she had not given a copy of it to CLASSE or to Mr. Nadeau-Dubois, and was not aware of anyone else doing so. Service to persons other than Mr. Nadeau-Dubois is, on its own, insufficient to ground *his* knowledge of

de comparaître. Cela a été dit très clairement lors de l'audience du 29 mai 2012. Dans ses motifs, le juge Jacques a même reconnu qu'il était essentiel qu'il soit convaincu hors de tout doute raisonnable que M. Nadeau-Dubois connaissait la teneur de cette ordonnance en particulier (par. 2, 49, 51(2) et 67).

[31] Puisque M. Nadeau-Dubois n'était ni nommé, ni désigné dans l'injonction qu'a prononcée le juge Édmond le 2 mai 2012, les deux juridictions d'instances inférieures ont conclu qu'une déclaration de culpabilité d'outrage en application de l'art. 761 du *Code* ne pouvait être prononcée contre lui. Devant la Cour, M. Morasse n'a pas poursuivi le débat sur cette question.

[32] Quant au premier alinéa de l'art. 50, bien qu'il comporte deux volets, M. Nadeau-Dubois n'a pas été avisé de la partie spécifique, le cas échéant, en vertu de laquelle il était accusé. Au contraire, l'ordonnance spéciale de comparaître ne faisait mention que de l'alinéa en entier. Sans autre précision, il s'ensuivait que la seule infraction à l'égard de laquelle M. Nadeau-Dubois devait se défendre avait trait aux allégations particulières qui se trouvaient dans la requête pour outrage présentée par M. Morasse.

[33] Rappelons que pour faire déclarer M. Nadeau-Dubois coupable en vertu du premier volet du premier alinéa de l'art. 50, M. Morasse avait le fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que l'ordonnance du juge Édmond était claire, que M. Nadeau-Dubois en avait connaissance et qu'il avait intentionnellement fait ce qu'interdisait l'ordonnance. Or, il n'y avait aucune preuve que M. Nadeau-Dubois avait une connaissance, directe ou par inférence, de l'injonction du 2 mai. Aucune copie de cette dernière n'a été signifiée personnellement à M. Nadeau-Dubois. Marie-Pierre Bocquet, qui était présidente de l'ASÉTAP à l'époque où l'injonction a été prononcée, a reconnu qu'une copie de l'ordonnance du 2 mai lui avait été signifiée, mais elle a affirmé dans son témoignage qu'elle n'en avait pas remis copie à la CLASSE ou à M. Nadeau-Dubois et

the order beyond a reasonable doubt: *Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal*, at para. 128.

[34] Contrary to the conclusion reached by Jacques J., the fact that at the time of the interview there were other injunctions that had been issued in the context of the student protests, does not prove that Mr. Nadeau-Dubois knew of the particular injunction issued by Émond J. As the Court of Appeal correctly stated, inferring that Mr. Nadeau-Dubois knew of the specific order by *assuming* he had knowledge of other, potentially similar orders, none of which were entered in evidence or referred to in the contempt proceedings, amounts to a reversal of the burden of proof; it is a palpable and overriding error.

[35] Nor do we agree that knowledge can be imputed to Mr. Nadeau-Dubois on the basis of the answer he gave to the question posed to him during the interview, or, more tangentially, by relying on any of the statements made by the other person interviewed, Mr. Bureau-Blouin. Neither the interviewer's question to, nor the statements of, Mr. Bureau-Blouin, made any reference to any injunction applying to Université Laval or, in fact, to any other university. Mr. Bureau-Blouin only addressed injunctions that applied to Quebec CEGEPs. And the interviewer's question to Mr. Nadeau-Dubois makes no mention of any injunction at all. There is nothing in the context of the interview that proves that Émond J.'s order was being referred to even obliquely, such that Mr. Nadeau-Dubois' knowledge of it could be assumed.

[36] As for Mr. Nadeau-Dubois' statement in the interview that [TRANSLATION] "a minority of students [were] using the courts to circumvent the collective decision that was made [to go on strike]", it is at

que, à sa connaissance, personne d'autre ne l'avait fait. La signification à des personnes autres que M. Nadeau-Dubois ne permet pas, à elle seule, de conclure hors de tout doute raisonnable que M. Nadeau-Dubois en avait *lui-même* connaissance : *Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal*, par. 128.

[34] Contrairement à ce qu'a conclu le juge Jacques, le fait que, à l'époque de l'entrevue, d'autres injonctions aient été prononcées dans le contexte des manifestations étudiantes ne prouve pas que M. Nadeau-Dubois avait connaissance de l'injonction rendue par le juge Émond. Comme la Cour d'appel l'a affirmé à bon droit, inférer que M. Nadeau-Dubois avait connaissance de l'ordonnance particulière en *présumant* qu'il avait connaissance d'autres ordonnances, potentiellement semblables, mais dont aucune n'a été mise en preuve ou mentionnée dans la procédure pour outrage, équivaut à inverser le fardeau de la preuve; il s'agit là d'une erreur manifeste et déterminante.

[35] Nous n'admettons pas non plus que la connaissance puisse être imputée à M. Nadeau-Dubois sur le fondement de la réponse qu'il a donnée à la question qui lui a été posée pendant l'entrevue, ou, plus indirectement, en s'appuyant sur des déclarations faites par l'autre personne interviewée, M. Bureau-Blouin. Ni la question de la journaliste à M. Bureau-Blouin ni les déclarations de ce dernier n'ont fait mention d'injonction s'appliquant à l'Université Laval, ni, de fait, à aucune autre université. Monsieur Bureau-Blouin n'a parlé que des injonctions qui s'appliquaient aux cégeps. Qui plus est, la question que la journaliste a adressée à M. Nadeau-Dubois n'a nullement fait mention de quelque injonction que ce soit. Du contexte de l'entrevue, il ne ressort aucune preuve selon laquelle il était question, même indirectement, de l'ordonnance du juge Émond, de sorte que l'on pût présumer la connaissance de M. Nadeau-Dubois.

[36] Quant à l'affirmation de M. Nadeau-Dubois dans l'entrevue voulant qu'il y ait « une minorité d'étudiants et d'étudiantes qui utilisent les tribunaux pour contourner la décision collective qui a été prise

best ambiguous. It cannot, on its own, provide a sufficient basis for concluding that he knew the details even of the CEGEP injunctions referred to by the interviewer and Mr. Bureau-Blouin, much less of Émond J.'s order specifically.

[37] In any event, whatever the content of the interviewer's question, or of Mr. Bureau-Blouin's own response, none of their words can be used in a way that attributes knowledge of Émond J.'s order to Mr. Nadeau-Dubois. Doing so opens the door to punishing individuals vicariously for the speech of *others*.

[38] Given that it is only conjecture to impute to Mr. Nadeau-Dubois knowledge of the court order of May 2nd, let alone its contents, it would be untenable to attribute to Mr. Nadeau-Dubois an intention to breach it through the words he used in the interview.

[39] In addition, Jacques J. inferred in the circumstances that Mr. Nadeau-Dubois' endorsement of students picketing in general amounted to an encouragement to use picket lines to block access to classes. Still, Émond J.'s May 2nd injunction did not prohibit picketing *per se*. It only proscribed conduct that would have the effect of impeding access to classes; picketing that fell short of blocking this access was permitted. Mr. Nadeau-Dubois did not refer to obstructing and preventing access to classes in his comments. His general statement about picket lines was at the very least compatible with encouraging the continued use of picket lines in a way that is permitted under the injunction. At most, merely saying that picketing was legitimate, even if understood as equivalent to barring access, fell far short of encouraging others to engage in unlawful conduct.

[40] Even though there were other reasonable and logical inferences to draw from the words used by Mr. Nadeau-Dubois, nowhere in his reasons did Jacques J. consider these alternative possibilities.

[de faire la grève] », elle est, au mieux, ambiguë. À elle seule, cette affirmation ne permet pas de conclure qu'il connaissait les détails des injonctions prononcées contre les cégeps mentionnées par la journaliste et M. Bureau-Blouin, et encore moins de l'ordonnance du juge Émond en particulier.

[37] À tous égards, indépendamment de la teneur de la question de la journaliste ou de la réponse de M. Bureau-Blouin, aucun de leurs propos ne peut être utilisé de manière à attribuer à M. Nadeau-Dubois la connaissance de l'ordonnance du juge Émond. S'il en était autrement, on ouvrirait la porte à la possibilité que des individus puissent être punis pour les paroles prononcées par d'*autres*.

[38] Puisqu'il est purement hypothétique d'attribuer à M. Nadeau-Dubois la connaissance de l'ordonnance que le tribunal a prononcée le 2 mai, et partant, la connaissance de sa teneur, on ne saurait lui imputer une intention de violer cette ordonnance par les propos qu'il a tenus en entrevue.

[39] En outre, le juge Jacques a inféré que, dans les circonstances, l'appui de M. Nadeau-Dubois au piquetage par les étudiants en général équivalait à une incitation à employer des piquets de grève pour bloquer l'accès aux cours. Or, l'injonction qu'a prononcée le juge Émond le 2 mai n'interdisait pas le piquetage en tant que tel. Elle se limitait à proscrire des comportements qui auraient pour effet d'entraver l'accès aux cours; le piquetage qui n'avait pas pour effet de bloquer l'accès était permis. Dans ses commentaires, M. Nadeau-Dubois n'a pas parlé de bloquer et d'empêcher l'accès aux cours. Sa déclaration générale à propos des lignes de piquetage était à tout le moins compatible avec l'encouragement au recours continu à des piquets de grève d'une manière qui était permise par l'injonction. Tout au plus, dire simplement que le piquetage était légitime, même si cela était interprété comme l'équivalent d'empêcher l'accès, était bien loin d'encourager les autres à poser des gestes illégaux.

[40] Même s'il était possible de tirer d'autres inférences raisonnables et logiques des propos de M. Nadeau-Dubois, nulle part dans ses motifs le juge Jacques n'a-t-il pris en considération ces autres

His cursory analysis of the actual words spoken by Mr. Nadeau-Dubois failed to distinguish between legal and prohibited picket lines, resulting in his inference that Mr. Nadeau-Dubois [TRANSLATION] “was . . . promoting anarchy and encouraging civil disobedience” (para. 95). The Court of Appeal was right to conclude that Jacques J.’s apparent association of picketing generally with blocking access to university classrooms specifically was mistaken (reasons of Jacques J., at paras. 84, 94 and 103; Court of Appeal reasons, at para. 77). This Court has established that picketing is a legitimate form of expression and of exercising the freedom of assembly; it is not by itself an illegal practice: *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 156, at paras. 27 and 30-31; see also *Paul Albert Chevrolet*, at paras. 27 and 30.

[41] Since Émond J.’s order does not prohibit picketing altogether, Jacques J. was wrong to simply assume, without any real consideration of alternative possibilities, that Mr. Nadeau-Dubois was discussing a prohibited act, when he did not actually refer to blocking access to classes, but only to picketing generally. Similarly, in the absence of any direct language to that effect, it was improper for Jacques J. to equate Mr. Nadeau-Dubois’ statement that it was legitimate to respect the vote to strike with encouraging others to engage in unlawful conduct.

[42] The final question is whether Mr. Nadeau-Dubois could be found guilty of contempt under the second branch of art. 50 para. 1, that is, whether his words or acts “interfere[d] with the orderly administration of justice” or “impair[ed] the authority or dignity of the court” in the context of the charges identified in the special rule. For Mr. Nadeau-Dubois to be convicted under the second branch of art. 50 para. 1, given the specific allegations of the motion for contempt, the special rule and the disclosure, Mr. Morasse had to prove beyond a reasonable doubt that Mr. Nadeau-Dubois interfered with the orderly administration of justice or impaired the

possibilités. Dans son analyse sommaire des paroles effectivement prononcées par M. Nadeau-Dubois, le juge Jacques n’a pas fait de distinction entre les piquets de grève légaux et ceux qui étaient interdits, ce qui l’a amené à tirer l’inférence selon laquelle M. Nadeau-Dubois « prôn[ait] . . . l’anarchie et encourage[ait] la désobéissance civile » (par. 95). La Cour d’appel a eu raison de conclure que le juge Jacques s’est trompé en assimilant apparemment le piquetage en général au fait de bloquer l’accès aux salles de cours de l’université en particulier (motifs du juge Jacques, par. 84, 94 et 103; motifs de la Cour d’appel, par. 77). La Cour a déjà statué que le piquetage est une forme légitime d’expression et d’exercice de la liberté de réunion; le piquetage n’est pas une activité illégale en soi : *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, par. 27 et 30-31; voir également *Paul Albert Chevrolet*, par. 27 et 30.

[41] Puisque l’ordonnance du juge Émond n’interdit pas complètement le piquetage, le juge Jacques a eu tort de simplement tenir pour acquis, sans vraiment se pencher sur les autres possibilités, que M. Nadeau-Dubois parlait d’un acte prohibé, alors que, dans les faits, il n’a pas parlé de bloquer l’accès à des classes, mais seulement de piquetage en général. De même, en l’absence de paroles allant directement dans ce sens, le juge Jacques n’aurait pas dû assimiler la déclaration de M. Nadeau-Dubois selon laquelle il était légitime de respecter le vote de grève à un encouragement à l’endroit d’autres personnes à commettre des gestes illégaux.

[42] Il reste à trancher la question de savoir si M. Nadeau-Dubois pouvait être déclaré coupable d’outrage en vertu du deuxième volet du premier alinéa de l’art. 50, c’est-à-dire de déterminer si ses paroles ou ses actes ont « soit [. . .] entrav[é] le cours normal de l’administration de la justice, soit [. . .] port[é] atteinte à l’autorité ou à la dignité du tribunal » dans le contexte des accusations identifiées dans l’ordonnance spéciale de comparaître. Pour pouvoir déclarer M. Nadeau-Dubois coupable en vertu de ce deuxième volet du premier alinéa de l’art. 50, compte tenu des allégations précises de la requête pour outrage, de l’ordonnance spéciale

dignity of the court by encouraging others to breach para. 60 of the specific order issued by Émond J. on May 2nd. To do so, Mr. Morasse had to prove that Mr. Nadeau-Dubois knew of the order, and that he intended his words to “vilify the administration of justice” or to “excite disaffection against it”, or was at least reckless as to whether they would do so.

[43] As under the first branch of art. 50 para. 1, Mr. Morasse’s failure to prove Mr. Nadeau-Dubois’ actual or inferred knowledge of the May 2nd order is dispositive. If Mr. Nadeau-Dubois did not know about the order, he cannot have intended to interfere with it, or encourage others to do so.

[44] The events that unfolded in the spring of 2012 led to several judicial proceedings, of which the present case was but one. The role of the courts was to deal with particular and specific legal issues. This appeal is limited to determining whether the charges brought by Mr. Morasse against Mr. Nadeau-Dubois met the strict rules governing contempt of court. To consider that anything broader was at play in the contempt proceedings of Mr. Morasse would, in our view, go beyond the actual legal issues, and risk punishing the accused for who he was rather than what he was charged with.

[45] We would dismiss the appeal, with costs in favour of Mr. Nadeau-Dubois.

The following are the reasons delivered by

[46] MOLDAVER J. — I have had the benefit of reading the reasons of my colleagues Justices Abella and Gascon and those of Justice Wagner.

et de la communication de la preuve, M. Morasse devait prouver hors de tout doute raisonnable que M. Nadeau-Dubois avait entravé le cours normal de l’administration de la justice ou qu’il avait porté atteinte à la dignité du tribunal en incitant d’autres personnes à violer le par. 60 de l’ordonnance particulière qu’avait prononcée le juge Émond le 2 mai. Pour ce faire, M. Morasse devait prouver que M. Nadeau-Dubois avait connaissance de l’ordonnance et qu’il voulait par ses propos [TRADUCTION] « dénigrer l’administration de la justice », ou « inciter à la désaffection à son endroit », ou du moins qu’il s’était montré insouciant à cet égard.

[43] À l’instar de ce qui découle de l’application du premier volet du premier alinéa de l’art. 50, le fait que M. Morasse n’ait pas prouvé que M. Nadeau-Dubois avait connaissance, réellement ou par inférence, de l’ordonnance du 2 mai est déterminant. Si M. Nadeau-Dubois n’avait pas connaissance de l’ordonnance, il ne pouvait avoir l’intention d’y faire obstacle ou d’inciter d’autres personnes à le faire.

[44] Les événements qui se sont déroulés au printemps 2012 ont donné lieu à plusieurs recours judiciaires, dont celui qui nous occupe n’est qu’un exemple. Le rôle des tribunaux était de traiter des questions juridiques spécifiques et particulières à chaque recours. Le présent appel ne concerne que la question de savoir si les accusations portées par M. Morasse contre M. Nadeau-Dubois satisfaisaient aux règles strictes régissant l’outrage au tribunal. Considérer que quoi que ce soit d’autre était en jeu dans le contexte de ce recours irait, selon nous, au-delà des questions juridiques concrètes qui sont en cause ici, et risquerait de punir l’accusé en regard du rôle qu’il a joué plutôt qu’en regard des accusations portées contre lui.

[45] Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur de M. Nadeau-Dubois.

Version française des motifs rendus par

[46] LE JUGE MOLDAVER — J’ai eu l’occasion de lire les motifs des juges Abella et Gascon de même que ceux du juge Wagner. Malheureusement, je ne

Unfortunately, I am unable to agree with either set of reasons. As I will explain, had the case been presented at trial in the manner I have outlined below, I would have granted the appeal and upheld the finding of contempt against the respondent, Gabriel Nadeau-Dubois. However, because of the way it proceeded at trial, procedural fairness concerns prevent me from doing so. Accordingly, I must dismiss the appeal.

[47] On my reading of the record, there can be no doubt that in responding as he did in the television interview, the respondent intended to incite students at large to breach any and all court orders which enjoined the use of picket lines as a means of preventing students who wished to access their classes from doing so. In other words, his statement was a blanket call to disobey all court orders, regardless of the individual judge who may have made the order or the specific institution to which it applied.

[48] In my respectful view, had the case proceeded on that basis, the fact that the allegation against the respondent referred specifically to a breach of Émond J.'s "safeguard order" of May 2, 2012 (*Morassee v. Université Laval*, 2012 QCCS 1859), would not have been fatal to his being found in contempt of court. This is because the respondent's call to disobey at large would necessarily have included Émond J.'s order, regardless of whether he had specific knowledge of it or not.

[49] Viewed that way, the respondent's blanket call to disobey would clearly have amounted to contempt of court under the last part of art. 50 para. 1 of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25 (now repealed), namely: acting in a way as to impair the authority and dignity of the court. Indeed, it would have been an egregious case of contempt.

[50] But that is not the way the case proceeded. At trial, the matter was fought out on the basis that the respondent had specific knowledge of Émond J.'s order and that he incited students to breach it

suis d'accord avec ni l'une ni l'autre de leur série de motifs. Comme je l'expliquerai, si la cause avait été présentée au procès comme je le décris ci-après, j'aurais accueilli l'appel et maintenu la conclusion d'outrage au tribunal contre l'intimé, Gabriel Nadeau-Dubois. Cela dit, étant donné la façon dont s'est déroulé le procès, des préoccupations quant à l'équité procédurale m'empêchent d'adopter cette position. En conséquence, je dois rejeter l'appel.

[47] Selon ma lecture du dossier, il ne fait aucun doute que, en répondant comme il l'a fait durant l'entrevue télévisée, l'intimé avait l'intention d'inciter les étudiants en général à contrevenir à toutes les ordonnances judiciaires, quelles qu'elles aient été, qui prohibaient le piquetage comme moyen d'empêcher les étudiants d'accéder à leurs cours. Autrement dit, sa déclaration était un appel généralisé à désobéir aux ordonnances judiciaires, quels qu'aient été le juge en particulier qui avait pu rendre l'ordonnance ou l'établissement auquel cette dernière s'appliquait.

[48] À mon avis, si le dossier avait été présenté de la sorte, le fait que l'allégation contre l'intimé ait fait spécifiquement référence à une violation de l'« ordonnance de sauvegarde » rendue par le juge Émond le 2 mai 2012 (*Morassee c. Université Laval*, 2012 QCCS 1859), n'aurait pas été un obstacle à sa déclaration de culpabilité pour outrage au tribunal. Ceci s'explique du fait que l'appel généralisé de l'intimé à la désobéissance aurait nécessairement visé l'ordonnance du juge Émond, qu'il ait eu une connaissance spécifique de cette dernière ou non.

[49] De ce point de vue, l'appel généralisé de l'intimé à la désobéissance aurait manifestement constitué l'outrage au tribunal décrit à la dernière portion du premier alinéa de l'art. 50 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25 (maintenant abrogé), dans la mesure où il a agi de manière à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal. En effet, il se serait agi d'un cas manifeste d'outrage au tribunal.

[50] Ce n'est toutefois pas comme cela que la cause s'est déroulée. Au procès, la question a été débattue sur le fondement de la connaissance spécifique par l'intimé de l'ordonnance du juge Émond et du fait

by setting up picket lines as a means of preventing students studying visual arts (*arts plastiques*) at Université Laval from accessing their classes.

[51] In allowing the appeal from Jacques J.'s order finding the respondent in contempt of court (2012 QCCS 5438, [2012] R.J.Q. 2174), the Quebec Court of Appeal found, correctly in my view, that the evidence did not support a finding that the respondent had specific knowledge of Émond J.'s order, as particularized in the allegation against him, and that this was fatal to the contempt finding (2015 QCCA 78). I agree with this conclusion, but I do so because that is the way the case was presented at trial and that is the case the respondent was called upon to meet.

[52] Had the case been presented on the basis I have outlined above, namely, a blanket call to disobey, such a finding — that the respondent had specific knowledge of Émond J.'s order — would not have been necessary to make out a case of contempt against him. But the case was not argued that way at trial, and in my view, it would be both unfair and prejudicial to allow the appellant, Jean-François Morasse, to change the theory of the case at this level (*Newcastle Recycling Ltd. v. Clarington (Municipality)*, 2010 ONCA 314, 261 O.A.C. 373; *R. v. Vaillancourt* (1995), 105 C.C.C. (3d) 552 (Que. C.A.); *R. v. Tran*, 2016 ONCA 48; *Wexler v. The King*, [1939] S.C.R. 350). For this reason — and this reason alone — I would dismiss the appeal with costs.

English version of the reasons of Wagner, Côté and Brown JJ. delivered by

WAGNER J. (dissenting) —

### I. Overview

[53] The power to punish for contempt of court must be exercised only as a last resort, with caution and showing good judgment. That being said, an

qu'il a incité les étudiants à y contrevenir en mettant en place des piquets de grève pour empêcher les étudiants en arts plastiques de l'Université Laval d'accéder à leurs classes.

[51] En accueillant l'appel de l'ordonnance du juge Jacques selon laquelle l'intimé s'était rendu coupable d'outrage au tribunal (2012 QCCS 5438, [2012] R.J.Q. 2174), la Cour d'appel du Québec a conclu, à bon droit selon moi, que la preuve n'était pas la conclusion selon laquelle l'intimé avait une connaissance spécifique de l'ordonnance du juge Émond, comme le précisait l'allégation de la demande contre lui, et que cela empêchait de conclure à l'outrage au tribunal (2015 QCCA 78). Je souscris à cette conclusion, mais uniquement parce que c'est de cette façon que la cause a été présentée au procès et que c'est contre cette cause que l'accusé a eu à se défendre.

[52] Si la cause avait été présentée sur le fondement que j'ai décrit précédemment, soit sur celui d'un appel généralisé à la désobéissance, une telle conclusion — que l'intimé avait une connaissance spécifique de l'ordonnance du juge Émond — n'aurait pas été nécessaire pour prouver qu'il avait été coupable d'outrage au tribunal. Cela dit, la cause n'ayant pas été présentée de cette façon au procès, j'estime qu'il serait à la fois injuste et préjudiciable d'autoriser l'appellant, Jean-François Morasse, à changer sa thèse à la présente étape du processus (*Newcastle Recycling Ltd. c. Clarington (Municipality)*, 2010 ONCA 314, 261 O.A.C. 373; *R. c. Vaillancourt*, 1995 CanLII 5036 (C.A. Qc); *R. c. Tran*, 2016 ONCA 48; *Wexler c. The King*, [1939] R.C.S. 350). Pour ce motif — et pour ce seul motif —, je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

Les motifs des juges Wagner, Côté et Brown ont été rendus par

LE JUGE WAGNER (dissident) —

### I. Aperçu

[53] Le pouvoir de sanctionner l'outrage au tribunal ne doit être exercé qu'en dernier recours, avec prudence et avec discernement. Cela dit, une telle

order for contempt must be made where doing so is necessary to protect the rule of law, freedom of expression and democracy, which are to a large extent dependent on the credibility of the judiciary and the justice system in the eyes of the public.

[54] This appeal raises the question of the level of knowledge required of a person who is charged with contempt of court for infringing art. 50 of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25 (“C.C.P.”),<sup>12</sup> which was in force at the relevant time, in a context involving extensive media coverage.

[55] The Superior Court convicted the respondent, Gabriel Nadeau-Dubois, of contempt under that article on the basis that he had, in a television interview, incited people to contravene an order of injunction made by one of its judges. The Court of Appeal reversed the Superior Court’s judgment, essentially on the basis that the required level of knowledge and the *actus reus* had not been established beyond a reasonable doubt.

[56] With respect, I find that the Court of Appeal erred in reversing the Superior Court’s decision. Unlike the Court of Appeal, I am of the opinion that proof of specific knowledge of the order of injunction was not required. Further, in the absence of an error in the trial court’s judgment, it was not open to the Court of Appeal to substitute its own opinion concerning the *actus reus*. I would therefore allow the appeal.

## II. Context

### A. *Background*

[57] The appeal concerns a period of social unrest that was without precedent in the history of Quebec, [TRANSLATION] “the biggest student ‘strike’ in its history”. It was a conflict that is now known and described as the “Maple Spring” by analogy with the “Arab Spring” that had monopolized media attention

<sup>12</sup> On January 1, 2016, the *C.C.P.* was replaced by the new *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01.

ordonnance s’impose lorsqu’elle est nécessaire pour protéger la primauté du droit, la liberté d’expression et la démocratie, lesquelles sont largement tributaires de la crédibilité de la magistrature et du système de justice auprès des justiciables.

[54] Ce pourvoi soulève la question du niveau de connaissance requis de la part d’une personne accusée d’outrage au tribunal pour cause de violation de l’art. 50 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25 (« *C.p.c.* »)<sup>11</sup>, en vigueur à l’époque, dans un contexte particulièrement médiatisé.

[55] La Cour supérieure a déclaré l’intimé, Gabriel Nadeau-Dubois, coupable d’outrage au tribunal en vertu de cet article, pour avoir incité, lors d’une entrevue télévisée, les citoyens à contrevenir à une ordonnance d’injonction prononcée par un de ses juges. La Cour d’appel a infirmé le jugement de la Cour supérieure, essentiellement au motif que le niveau de connaissance requis ainsi que l’*actus reus* n’avaient pas été établis hors de tout doute raisonnable.

[56] Avec égards, je suis d’avis que la Cour d’appel a eu tort d’infirmé la décision de la Cour supérieure. Contrairement à la Cour d’appel, je suis d’avis que la preuve de la connaissance spécifique de l’ordonnance d’injonction n’était pas requise. De plus, en l’absence d’erreur dans le jugement de première instance, il n’était pas loisible à la Cour d’appel de substituer son avis sur l’*actus reus*. Je propose donc d’accueillir le pourvoi.

## II. Le contexte

### A. *Mise en contexte*

[57] Le pourvoi entrepris concerne une période d’agitation sociale sans précédent dans l’histoire du Québec, soit « la plus importante “grève” étudiante de son histoire ». Il s’agit d’un conflit maintenant connu et décrit comme le « printemps érable » par analogie avec le « printemps arabe » qui, en 2011,

<sup>11</sup> Le *C.p.c.* est remplacé le 1<sup>er</sup> janvier 2016 par le nouveau *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01.

internationally in 2011. The conflict began in response to a proposal made by the Quebec government in 2012 to raise tuition fees. Some students who disagreed with the tuition fee increase called for a “boycott” of classes as a pressure tactic (judgment of the Court of Appeal, 2015 QCCA 78, at para. 12 (CanLII)). A number of student associations, including the Coalition large de l’Association pour une solidarité syndicale étudiante (“CLASSE”), promoted the boycott. At all relevant times, the respondent was the chief spokesperson for CLASSE. He and Léo Bureau-Blouin, the president of the Fédération étudiante collégiale du Québec, became the “standard bearers” for the movement and the “key figures” in the student protest (sentencing decision, 2012 QCCS 6101, [2012] R.J.Q. 2279, at paras. 6 and 15). In addition, while the conflict lasted, they were recognized as the “leaders of the movement”, were the main protagonists in the public’s eyes, and “were seen regularly in the media”.

[58] Picket lines were set up in front of many post-secondary institutions to support the call for a boycott of classes (*Morassee v. Université Laval*, 2012 QCCS 1565, at para. 4 (CanLII), per Lemelin J.). As a result, classes were [TRANSLATION] “disrupted” and a number of institutions were “paralyzed”, because professors and other officials could not do their work (judgment of the Court of Appeal, at para. 12). Of all the dramatic actions carried out by the student associations, shutting down classes and setting up picket lines to prevent students from getting to their classrooms were without question the most controversial.

[59] The movement, which originally involved only students, gradually spread, gaining support from unions and pressure groups that were advocating for all kinds of causes that had little to do with the initial demands. That period of [TRANSLATION] “great agitation” in the province was marked by “numerous [public] demonstrations” on a daily basis, and the demonstrations often ended in acts of violence and clashes with the police (judgment of the Court of Appeal, at para. 12).

avait monopolisé l’attention médiatique à l’échelle internationale. Ce conflit a éclaté en réponse à une hausse des frais de scolarité proposée par le gouvernement du Québec en 2012. Pour exprimer leur désaccord, certains étudiants opposés à la hausse des frais de scolarité appellent au « boycottage » des cours comme moyen de pression (jugement de la Cour d’appel, 2015 QCCA 78, par. 12 (CanLII)). Notamment, des associations étudiantes, dont la Coalition large de l’Association pour une solidarité syndicale étudiante (« CLASSE »), font la promotion du boycott des cours. À tout moment pertinent, l’intimé est le principal porte-parole de la CLASSE. Il devient avec Léo Bureau-Blouin, président de la Fédération étudiante collégiale du Québec, le « porte-étendard » du mouvement et la « figure de proue » de la contestation étudiante (jugement sur la peine, 2012 QCCS 6101, [2012] R.J.Q. 2279, par. 6 et 15). Ils sont aussi reconnus comme les « leaders du mouvement », incarnent les principaux protagonistes auprès de la population et « sont de toutes les tribunes » pendant que le conflit perdure.

[58] Pour appuyer l’appel au boycott des cours, des piquets sont érigés devant de nombreux établissements d’enseignement postsecondaire (*Morassee c. Université Laval*, 2012 QCCS 1565, par. 4 (CanLII), le juge Lemelin). De ce fait, les cours sont « perturbés » et plusieurs de ces établissements sont « paralysés », puisque les professeurs et autres responsables ne peuvent s’acquitter de leurs tâches (jugement de la Cour d’appel, par. 12). De tous les gestes d’éclat accomplis par les associations étudiantes, c’est sans contredit la levée des cours et la mise en place de lignes de piquetage empêchant les étudiants d’accéder à leurs salles de classe qui suscitent le plus de controverse.

[59] Le mouvement, qui tire son origine d’une action étudiante, s’étend progressivement et rallie dorénavant les syndicats ainsi que des groupes de pression qui prônent toutes sortes de causes ayant peu à voir avec les revendications initiales. Cette période « particulièrement fébrile » dans la province est marquée par de « nombreuses manifestations » populaires quotidiennes, lesquelles se terminent souvent par des actes de violence et des affrontements avec les forces de l’ordre (jugement de la Cour d’appel, par. 12).

[60] In early May 2012, [TRANSLATION] “[d]uring this period of class boycotts and disruption”, the appellant, Jean-François Morasse, was a student enrolled in the visual arts (*arts plastiques*) program at Université Laval. He wanted to finish his studies, he objected to the action to shut classes down, and he wanted to be able to get to his classrooms. Université Laval’s Association des étudiants en arts plastiques (“ASÉTAP”) had been a member of CLASSE since April 2012 and was officially acting on behalf of all students in the program. It supported the shutdown of classes and, starting on February 29, 2012, it set up picket lines in front of Université Laval to prevent students from attending their classes (2012 QCCS 1565, at para. 4).

[61] To gain access to the classrooms, the appellant sought and obtained an order for a provisional interlocutory injunction from Lemelin J. on April 12, 2012. On May 2, 2012, that order was renewed in the form of a safeguard order, which remained in effect until September 14, 2012 (*Morasse v. Université Laval*, 2012 QCCS 1859 (the “Safeguard Order”). It is that second order, made by Émond J. (as he then was), that gave rise to this appeal. Its relevant conclusions were worded as follows:

[TRANSLATION]

**ORDERS** Université Laval, the Association des étudiants en arts plastiques and any person informed of this order to give free access to the classrooms of Université Laval in which classes leading to the visual arts certificate are conducted so that those classes may be conducted in accordance with the schedule established for the winter 2012 session;

**ORDERS** all students and other persons currently boycotting classes to refrain from obstructing or impeding access to classes by means of intimidation or from taking any action that could prevent or adversely affect access to the classes in question; [Bold in original; paras. 59-60 (CanLII).]

[62] After that, there was a [TRANSLATION] “multiplication of [similar] injunctions” in Quebec (judgment of the Court of Appeal, at para. 13; judgment at trial, 2012 QCCS 5438, [2012] R.J.Q. 2174, at

[60] Au début du mois de mai 2012, « [p]endant cette période de boycottage des cours et de perturbation », l’appelant, Jean-François Morasse, est étudiant et il est inscrit au programme d’arts plastiques de l’Université Laval. Il désire terminer ses études, s’objecte au mouvement de levée des cours et veut accéder aux salles de cours. L’Association des étudiants en arts plastiques de l’Université Laval (« ASÉTAP ») est membre de la CLASSE depuis avril 2012 et agit officiellement au nom de tous les étudiants du programme. Elle appuie la levée des cours et, à compter du 29 février 2012, elle assure la mise en place de lignes de piquetage devant l’Université Laval pour empêcher les étudiants d’assister à leurs cours (2012 QCCS 1565, par. 4).

[61] Afin d’accéder aux salles de cours, l’appelant sollicite et obtient une ordonnance d’injonction interlocutoire provisoire prononcée par le juge Lemelin le 12 avril 2012. Le 2 mai 2012, cette ordonnance est renouvelée sous la forme d’une ordonnance de sauvegarde, laquelle demeurera en vigueur jusqu’au 14 septembre 2012 (*Morasse c. Université Laval*, 2012 QCCS 1859 (l’« Ordonnance de sauvegarde »)). C’est cette ordonnance, rendue par le juge Émond (maintenant juge de la Cour d’appel), qui est à l’origine de ce pourvoi. Les conclusions pertinentes sont libellées ainsi :

**ORDONNE** à l’Université Laval, l’Association des étudiants en arts plastiques ainsi qu’à toute personne informée de la présente ordonnance, de laisser libre accès aux salles de cours de l’Université Laval où sont dispensés les cours menant au certificat en arts plastiques, et ce, afin que ces cours puissent être donnés à l’horaire prévu à la session d’hiver 2012;

**ORDONNE** à tous les étudiants et autres personnes qui pratiquent présentement le boycottage des cours de s’abstenir d’obstruer ou de nuire à l’accès aux cours par intimidation ou de poser toute action susceptible d’empêcher ou d’affecter négativement l’accès à ces cours; [En caractère gras dans l’original; par. 59-60 (CanLII).]

[62] Il y a alors une « multiplication des injonctions » similaires au Québec (jugement de la Cour d’appel, par. 13; jugement de première instance, 2012 QCCS 5438, [2012] R.J.Q. 2174, par. 81-82,

paras. 81-82, per Jacques J.; sentencing decision, at para. 32). In all cases, the goal was the same: to give students free access to their classes so that they could complete the academic year (judgment at trial, at paras. 15 and 23).

[63] Although some called the action a “strike”, no labour law principles were applied anywhere in the impugned judgment. Indeed, in the judgment extending the earlier order of injunction (the Safe-guard Order), Émond J. rejected arguments to that effect in the following terms:

[TRANSLATION] ASETAP is confusing the monopoly on representation, if there is one, with the monopoly on work that results from the anti-strikebreaking provisions of the *Labour Code*, which prohibit employers from utilizing the services of an employee who is a member of a bargaining unit that is on strike.

Unlike the *Labour Code*, the *Act respecting the accreditation and financing of students’ associations* contains no provision authorizing associations to force students to boycott their classes against their will and to make them bear the consequences of doing so.

References to the *Labour Code* are not only unsound and inappropriate, but also confirm the interpretation of those who, like Lemelin J., are of the view that the laws of Quebec give students no real right to strike. [Emphasis added; footnotes omitted; paras. 30-32.]

[64] Émond J. also summarized the position of the appellant as follows:

[TRANSLATION] The purpose of Mr. Morasse’s application is not to prohibit students from demonstrating, but only to prevent them from acting unlawfully by blocking access to rooms where classes are conducted.

But as we mentioned above, the *Act respecting the accreditation and financing of students’ associations* contains no provision authorizing student associations to force students to boycott their classes against their will. [paras. 44-46]

le juge Jacques; jugement sur la peine, par. 32). L’objectif demeure toujours le même : permettre aux étudiants le libre accès à leurs cours pour terminer leur année scolaire (jugement de première instance, par. 15 et 23).

[63] Bien que d’aucuns qualifient de « grève » le mouvement entrepris, nulle part dans le jugement attaqué ne retrouve-t-on l’application de règles propres au droit du travail. D’ailleurs dans le jugement portant sur la prolongation de l’ordonnance d’injonction déjà prononcée (l’Ordonnance de sauvegarde), le juge Émond écartait en ces mots les arguments à cet effet :

L’ASETAP confond le monopole de représentation, si monopole de représentation il y a, avec le monopole du travail, lequel découle des dispositions anti-briseurs de grève du *Code du travail* qui interdisent à un employeur de retenir les services d’un salarié qui fait partie d’une unité de négociation en grève.

Contrairement au *Code du travail*, la *Loi sur l’accréditation et le financement des associations d’élèves ou d’étudiants* ne contient aucune disposition permettant à une association de forcer un étudiant, contre son gré, à pratiquer le boycott de ses cours et de lui en faire supporter les effets.

Les références au *Code du travail* sont non seulement boiteuses et inappropriées, mais encore, elles confirment l’interprétation de ceux qui, comme le juge Lemelin, considèrent que les lois du Québec ne confèrent aucun véritable droit de grève aux étudiants. [Je souligne; notes en bas de page omises; par. 30-32.]

[64] De plus, il résumait ainsi la position de l’appelant :

La demande de M. Morasse ne vise pas à interdire aux étudiants de manifester, mais seulement à les empêcher de poser des gestes illégaux, en l’occurrence le blocage de l’accès aux salles où sont dispensés les cours.

Or, nous l’avons déjà mentionné, la *Loi sur l’accréditation et le financement des associations d’élèves ou d’étudiants* ne contient aucune disposition permettant à une association étudiante de forcer un étudiant à boycotter ses cours contre son gré. [par. 44-46]

These observations supplemented, to some extent, the conclusions of Lemelin J., who had said the following in making the first order for a provisional injunction:

[TRANSLATION] The Court is not debating the right of individual students to support and participate in the boycott by refusing to attend classes, but their refusal does not give them the right to impair and even negate the right of other students to attend their classes so that they can finish their session.

Students who boycott classes must assume the risks of doing so alone. They have no right to impose such risks on those who want to attend their classes. [paras. 14-15]

[65] Furthermore, boycotting classes is a personal choice, and many students therefore disputed the legitimacy, and even the legality, of such a pressure tactic, as can be seen from the orders discussed below.

[66] Despite the many injunctions that were ordered, the situation deteriorated, acts of violence and intimidation followed one another, and officials from educational institutions were unable to safely ensure compliance with the orders when they were present at [TRANSLATION] “heated exchanges” and “fights” (judgment of the Court of Appeal, at para. 15, quoting an interview with Mr. Bureau-Blouin). A crisis of legitimacy and civil disobedience thus took hold in Quebec, poisoning the social climate.

[67] To resolve the impasse, the Quebec National Assembly enacted special legislation on May 18, 2012 (*An Act to enable students to receive instruction from the postsecondary institutions they attend*, S.Q. 2012, c. 12 (“*Law 12*”)), which provided, *inter alia*, as follows:

**13.** No one may, by an act or omission, deny students their right to receive instruction from the institution they attend or prevent or impede the resumption or maintenance of an institution’s instructional services or the performance by employees of work related to such

Ces propos complétaient en quelque sorte les constatations du juge Lemelin de la Cour supérieure, qui avait rendu la première ordonnance d’injonction provisoire en ces termes :

Le Tribunal ne discute pas le droit de certains étudiants de soutenir et de participer au boycottage des cours en refusant d’y assister, mais leur refus ne leur accorde [pas] le droit de brimer et même d’anéantir le droit des autres étudiants d’assister à leurs cours de manière à terminer leur session.

Il appartient aux étudiants qui boycottent les cours de supporter seuls les risques de cette action. Ils n’ont pas le droit d’imposer ou de faire supporter ce risque à ceux qui veulent assister à leurs cours. [par. 14-15]

[65] De plus, le boycott des cours relève d’un choix individuel et de nombreux étudiants contestent en conséquence la légitimité, voire la légalité d’un tel moyen de pression, comme le démontrent les ordonnances décrites ci-dessous.

[66] En dépit du prononcé de nombreuses ordonnances d’injonction, la situation dégénère, les actes de violence et d’intimidation se succèdent, les responsables des institutions d’enseignement ne peuvent assurer le respect des ordonnances en toute sécurité, alors qu’ils assistent à des « échauffourées », des « bagarres » (jugement de la Cour d’appel, par. 15, citant une entrevue avec M. Bureau-Blouin). Il s’installe alors au Québec une crise de légitimité et de désobéissance civile qui empoisonne le climat social.

[67] Pour résoudre cette impasse, l’Assemblée nationale du Québec adopte le 18 mai 2012 une loi spéciale (*Loi permettant aux étudiants de recevoir l’enseignement dispensé par les établissements de niveau postsecondaire qu’ils fréquentent*, L.Q. 2012, c. 12 (la « *Loi 12* »)), qui prévoit entre autres que :

**13.** Nul ne peut, par un acte ou une omission, entraver le droit d’un étudiant de recevoir l’enseignement dispensé par l’établissement d’enseignement qu’il fréquente, faire obstacle ou nuire à la reprise ou au maintien des services d’enseignement d’un établissement ou à l’exécution par

services, or directly or indirectly contribute to slowing down, degrading or delaying the resumption or maintenance of such services or the performance of such work.

[68] This special Act also provided that no one may “deny a person access to a place if the person has the right or a duty to be there in order to obtain services from or perform functions for an institution” (s. 14). Finally, the Act required that members of an institution’s personnel, including professors, report for work and perform all their usual duties (ss. 10 and 11).

[69] At the same time, the City of Montréal passed a new by-law (*By-law amending the By-law concerning the prevention of breaches of the peace, public order and safety, and the use of public property*, By-law 12-024, May 18, 2012), which required those organizing demonstrations to give authorities, in advance, the location and itinerary chosen by the demonstrators (adding art. 2.1 to R.B.C.M., c. P-6).

[70] After the injunctions were ordered, the respondent and Mr. Bureau-Blouin granted the RDI news network (a French-language television network of the Canadian Broadcasting Corporation) a television interview on May 13, 2012 to discuss the student conflict. The two leaders [TRANSLATION] “took the opportunity . . . to speak to their members and supporters as well as to the people of Quebec” (judgment at trial, at para. 24).

[71] During the interview, which took place at the height of the conflict, the journalist brought up with the two student leaders the fact that Collège de Rosemont was encouraging students to return to class, and then asked Mr. Bureau-Blouin the following question:

[TRANSLATION] You, for your part, are you still urging strikers to set up picket lines to prevent students from entering . . . Lionel-Groulx [college] as well . . . there are injunctions all over the place in some CEGEPs . . . ?

(Judgment of the Court of Appeal, at para. 15)

les salariés de leur prestation de travail relative à ces services, ni contribuer directement ou indirectement à ralentir, altérer ou retarder la reprise ou le maintien de ces services ou l’exécution de cette prestation.

[68] Cette loi spéciale interdit également à quiconque d’« entraver l’accès d’une personne à un lieu où elle a le droit ou le devoir d’accéder pour y bénéficier des services d’un établissement ou pour y exercer des fonctions » (art. 14). Finalement, la loi oblige le personnel d’un établissement, y compris les professeurs, à se présenter au travail et à accomplir toutes ses tâches habituelles (art. 10 et 11).

[69] Au même moment, la Ville de Montréal adopte un nouveau règlement (*Règlement modifiant le Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l’ordre publics, et sur l’utilisation du domaine public*, Règl. 12-024, 18 mai 2012) qui oblige les organisateurs de manifestation à fournir à l’avance aux autorités le lieu et l’itinéraire que choisiront les manifestants (ajoutant l’art. 2.1 au R.R.V.M., c. P-6).

[70] Suite au prononcé des ordonnances d’injonction, l’intimé et M. Bureau-Blouin accordent au réseau d’information RDI (un service télévisuel de Radio-Canada), le 13 mai 2012, une entrevue télévisée portant sur le conflit étudiant. Les deux leaders « profitent de l’occasion [. . .] pour s’adresser à leurs membres et sympathisants ainsi qu’à la population du Québec » (jugement de première instance, par. 24).

[71] Au cours de l’entrevue, qui survient au paroxysme du conflit, la journaliste rappelle aux deux leaders étudiants que le Collège de Rosemont incite les étudiants à revenir en classe, puis pose la question suivante à M. Bureau-Blouin :

Vous de votre côté, est-ce que vous invitez toujours les grévistes à ériger des piquets de grève pour empêcher les étudiants d’entrer . . . [le Collège] Lionel-Groulx également . . . il y a des injonctions un peu partout dans certains cégeps . . . ?

(Jugement de la Cour d’appel, par. 15)

[72] Being aware of the nature and scope of the injunctions that had already been ordered, as his remarks show, Mr. Bureau-Blouin advised those watching to comply with the court orders:

[TRANSLATION] There're no demonstrations organized directly by the federation, but every time there are forced returns to class like this, of course it leads to picket lines that go up right in front of the college. We have of course urged students, for example, to comply with the injunctions, you know, when there are specific court orders, not to block the path of certain students, I think it's important to comply with them, but it's sure that the decision made by Rosemont College, I think it's a dangerous decision that could potentially cause tension because, first of all, the vote by the students was a democratic one after all, so this creates some uneasiness for teachers in actually crossing the picket lines there or going to give classes despite the vote, but it also causes tension above all because there're students who want to go to class and there're others who don't want classes to resume, and this leads to heated exchanges and potentially to fights, whereas at this point we're in fact trying to calm the dispute, and it's working, as the situation's been a bit calmer in Montréal the last few days. [Emphasis added.]

(Judgment of the Court of Appeal, at para. 15)

[73] The respondent took a completely different approach. After listening to Mr. Bureau-Blouin's answer, the journalist asked the respondent a similar question: [TRANSLATION] “. . . what's the reaction to the return to class tomorrow, are you, well, are you still encouraging picketing to prevent [students from entering]?” The respondent gave the following answer:

[TRANSLATION] What's clear is that such decisions, such attempts to force students back to class, they never work because the students who've been on strike for 13 weeks are standing together, they respect, and I'm speaking generally here, respect the democratic will expressed through the strike vote, and I think it's perfectly legitimate for students to take action to uphold the democratic choice that was made to go on strike. It's quite unfortunate that there's really a minority of students who're using the courts to circumvent the collective decision that

[72] Conscient de la nature et de la portée des ordonnances d'injonction déjà prononcées, comme en témoignent ses propos, M. Bureau-Blouin conseille aux auditeurs de respecter les ordonnances des tribunaux :

Il n'y a pas de manifestation qui est organisée directement par la fédération, mais à chaque fois qui a des retours comme ça forcés en classe, évidemment ça amène des piquets justement qui s'érigent devant le collège, c'est sûr que nous on a invité les étudiants par exemple à respecter les injonctions hein, quand y a des ordres précis de la Cour, pour ne pas bloquer le passage de certains étudiants, ça je pense que c'est important qu'on les respecte, mais c'est sûr que la décision du Collège de Rosemont, je pense c'est une décision qui est dangereuse qui peut potentiellement amener des tensions parce que dans un premier temps c'est un vote qui a été pris de manière démocratique quand même par les étudiants donc ça crée un malaise pour les enseignants de franchir justement ces piquets de grève là ou de malgré le vote d'aller donner les cours mais surtout aussi que ça amène des tensions parce qu'il y a des étudiants qui veulent entrer en classe, y en a d'autres qui veulent pas que les cours reprennent et ça amène des échauffourées, potentiellement des bagarres alors qu'en ce moment justement on essaie de pacifier le conflit et ça marche parce que depuis quelques jours la situation est un peu plus calme à Montréal. [Je souligne.]

(Jugement de la Cour d'appel, par. 15)

[73] L'intimé emprunte pour sa part une tout autre approche. Après avoir entendu la réponse de M. Bureau-Blouin, la journaliste pose une question similaire à l'intimé : « . . . on réagit comment devant ce retour en classe demain, est-ce que bon vous, de votre côté, vous encouragez encore les piquets de grève pour empêcher [les étudiants d'entrer] ? » L'intimé répond ce qui suit :

Ce qui est clair c'est que ces décisions-là, ces tentatives-là de forcer le retour en classe, ça ne fonctionne jamais parce que les étudiants et les étudiantes qui sont en grève depuis 13 semaines sont solidaires les uns les autres, respectent, de manière générale là, respectent la volonté démocratique qui s'est exprimée à travers le vote de grève et je crois qu'il est tout à fait légitime pour les étudiants et étudiantes de prendre les moyens pour faire respecter le choix démocratique qui a été fait d'aller en grève. C'est tout à fait regrettable là qu'il y ait vraiment une minorité d'étudiants

was made. So we find it perfectly legitimate for people to do what they have to do to enforce the strike vote, and if that takes picket lines, we think it's a perfectly legitimate way to do it. [Emphasis added.]

(Judgment of the Court of Appeal, at para. 15)

*B. Judgments at Issue in This Appeal*

[74] Two days after the interview, the appellant presented a motion under art. 53 *C.C.P.* for an order summoning the respondent to appear to answer a charge of contempt of court. Citing art. 761 *C.C.P.*, he submitted that the respondent had contravened the Safeguard Order in his comments in the television interview. Article 761 read as follows:

**761.** Any person named or described in an order of injunction, who infringes or refuses to obey it, and any person not described therein who knowingly contravenes it, is guilty of contempt of court and may be condemned to a fine not exceeding \$50,000, with or without imprisonment for a period up to one year, and without prejudice to the right to recover damages. Such penalties may be repeatedly inflicted until the contravening party obeys the injunction.

The court may also order the destruction or removal of anything done in contravention of the injunction, if there is reason to do so.

[75] On May 17, 2012, Jacques J. of the Superior Court ordered the respondent to appear (2012 QCCS 2141). In the reasons for his order, Jacques J. reproduced art. 761 para. 1 *C.C.P.* as well as art. 50 para. 1 *C.C.P.*, which read as follows:

**50.** Anyone is guilty of contempt of court who disobeys any process or order of the court or of a judge thereof, or who acts in such a way as to interfere with the orderly administration of justice, or to impair the authority or dignity of the court.

The judge described the appellant's arguments as follows:

et d'étudiantes qui utilisent les tribunaux pour contourner la décision collective qui a été prise. Donc nous, on trouve ça tout à fait légitime là, que les gens prennent les moyens nécessaires pour faire respecter le vote de grève et si ça prend des lignes de piquetage, on croit que c'est un moyen tout à fait légitime de le faire. [Je souligne.]

(Jugement de la Cour d'appel, par. 15)

*B. Jugements à l'origine de ce pourvoi*

[74] Deux jours après l'entrevue, l'appelant présente, en vertu de l'art. 53 *C.p.c.*, une requête demandant que l'intimé soit assigné à comparaître pour répondre à une accusation d'outrage au tribunal. Il invoque l'art. 761 *C.p.c.* et soutient que, par ses propos lors de l'entrevue télévisée, l'intimé a contrevenu à l'Ordonnance de sauvegarde. Cet article était rédigé ainsi :

**761.** Toute personne nommée ou désignée dans une ordonnance d'injonction, qui la transgresse ou refuse d'y obéir, de même que toute personne non désignée qui y contrevient sciemment, se rendent coupables d'outrage au tribunal et peuvent être condamnées à une amende n'excédant pas 50 000 \$, avec ou sans emprisonnement pour une durée d'au plus un an, et sans préjudice à tous recours en dommages-intérêts. Ces pénalités peuvent être infligées derechef jusqu'à ce que le contrevenant se soit conformé à l'injonction.

Le tribunal peut également ordonner que ce qui a été fait en contravention à l'injonction soit détruit ou enlevé, s'il y a lieu.

[75] Le 17 mai 2012, le juge Jacques de la Cour supérieure enjoint à l'intimé de comparaître (2012 QCCS 2141). Dans ses motifs, le juge reproduit l'art. 761 al. 1 *C.p.c.*, ainsi que l'art. 50 al. 1 *C.p.c.*, lequel prévoyait ce qui suit :

**50.** Est coupable d'outrage au tribunal celui qui contrevient à une ordonnance ou à une injonction du tribunal ou d'un de ses juges, ou qui agit de manière, soit à entraver le cours normal de l'administration de la justice, soit à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal.

Le juge décrit ainsi les prétentions de l'appelant :

[TRANSLATION] . . . the plaintiff[, Jean-François Morasse,] alleges that the defendant, Gabriel Nadeau-Dubois, . . . did, on the air on the RDI television network, publicly incite people to contravene the order [of Émond J.] by preventing students, including the plaintiff, from having access to their classes . . . . [Emphasis added; para. 3 (CanLII).]

[76] At trial, the respondent — who did not testify, as was his prerogative — raised arguments based both on the final portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.* and on art. 761 para. 1 *C.C.P.* The trial judge nevertheless convicted him of contempt of court under the final portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.*, since he was of the view, beyond a reasonable doubt, that the respondent had been well aware of the nature of the orders of injunction, including the Safeguard Order, that his statements had incited non-compliance with those orders and that he had intentionally acted in such a way as to impair the authority of the court. The trial judge also stated that art. 761 para. 1 *C.C.P.* was not applicable in this case, because the Safeguard Order did not apply directly or specifically to the respondent. Finally, he sentenced the respondent to 120 hours of community service, noting in passing that, by inciting people to contravene a court order, the respondent [TRANSLATION] “broke a fundamental rule of our society based on the rule of law” (sentencing decision, at para. 65).

[77] The Court of Appeal reversed the judgment, finding that *specific* knowledge of the Safeguard Order was required and that such knowledge, like knowledge of the *actus reus*, had not been established beyond a reasonable doubt.

[78] With respect, I find that the Court of Appeal erred in reversing the trial judge’s decision. Because the trial judge’s conclusion that art. 761 *C.C.P.* did not apply was not challenged in the Court of Appeal or in this Court, this appeal essentially concerns art. 50 para. 1 *C.C.P.* In my view, proof of *specific* knowledge of the order is not required where the allegation of contempt of court is based on the final portion of that paragraph. In such a case, it is enough for the plaintiff to establish beyond a reasonable

. . . le demandeur [Jean-François Morasse] allègue que le défendeur Gabriel Nadeau-Dubois [. . .] a, sur les ondes du réseau de télévision RDI, incité publiquement les gens à contrevenir à l’ordonnance rendue [par le juge Émond] en empêchant les étudiants et étudiantes, dont le demandeur, à avoir accès à leurs cours . . . . [Je souligne; par. 3 (CanLII).]

[76] Au procès, l’intimé — qui n’a pas témoigné comme c’était son droit le plus strict — invoque des arguments basés à la fois sur la dernière partie de l’art. 50 al. 1 *C.p.c.*, et sur l’art. 761 al. 1 *C.p.c.* Le juge de première instance le reconnaît néanmoins coupable d’outrage au tribunal en vertu de la dernière partie de l’art. 50 al. 1 *C.p.c.* étant d’avis, au-delà de tout doute raisonnable, que l’intimé connaissait pertinemment la nature des ordonnances d’injonction prononcées, dont l’Ordonnance de sauvegarde, que ses propos ont incité au non-respect de ces ordonnances et qu’il a intentionnellement agi de manière à porter atteinte à l’autorité du tribunal. Le juge ajoute que l’art. 761 al. 1 *C.p.c.* ne s’appliquait pas en l’espèce, car l’intimé n’était pas directement ou nommément visé par l’Ordonnance de sauvegarde. Finalement, il condamne l’intimé à accomplir 120 heures de travaux communautaires, tout en soulignant au passage qu’en incitant les citoyens à contrevenir à une ordonnance du tribunal, l’intimé « a outrepassé une règle fondamentale de notre société fondée sur l’état de droit » (jugement sur la peine, par. 65).

[77] La Cour d’appel infirme le jugement. Elle estime que la connaissance *spécifique* de l’Ordonnance de sauvegarde est requise et que, tout comme la connaissance de l’*actus reus*, cette connaissance n’a pas été établie hors de tout doute raisonnable.

[78] Avec égards, la Cour d’appel a selon moi eu tort d’infirmier la décision du juge de première instance. Puisque la conclusion du juge de première instance, selon laquelle l’art. 761 *C.p.c.* ne s’appliquait pas, n’était pas contestée devant la Cour d’appel et devant notre Cour, l’analyse porte essentiellement sur l’art. 50 al. 1 *C.p.c.* En matière d’outrage au tribunal fondé sur la dernière partie de cet alinéa, j’estime que la preuve de la connaissance *spécifique* de l’ordonnance n’est pas requise.

doubt that the defendant knew that orders existed and that they contained, as did the Safeguard Order, the very terms that the defendant incited people to breach. With regard to the *actus reus*, it is my view that the Court of Appeal erred in substituting its own assessment of the respondent's words for that of the trial judge. Finally, I am of the opinion that the trial judge's conclusion on the proof of *mens rea* was consistent with the applicable legal rule. I would allow the appeal and restore the respondent's conviction for contempt of court. I would not vary the sentence imposed by the trial judge.

### III. Analysis

#### A. *Principles*

[79] In a contempt of court case, the circumstances in which the order was made must be examined carefully (*Zhang v. Chau* (2003), 229 D.L.R. (4th) 298 (Que. C.A.), at para. 31, leave to appeal refused, [2003] 3 S.C.R. v). In the instant case, the judgments of the Superior Court and the Court of Appeal show that the situation in Quebec was explosive, many court orders were being breached and public demonstrations, which were initially peaceful, were escalating every day.

[80] It will be helpful to recall the essential connection between punishment for contempt of court and preservation of the rule of law. McLachlin J. (as she then was) made the following comment in this regard in *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901, at p. 931:

Both civil and criminal contempt of court rest on the power of the court to uphold its dignity and process. The rule of law is at the heart of our society; without it there can be neither peace, nor order nor good government. The rule of law is directly dependent on the ability of the courts to enforce their process and maintain their dignity and respect.

Il suffit, pour le poursuivant en semblable matière, d'établir hors de tout doute raisonnable que le défendeur savait que des ordonnances existaient et qu'elles contenaient, comme l'Ordonnance de sauvegarde, les mêmes termes qu'il a incité les citoyens à violer. En ce qui concerne l'*actus reus*, la Cour d'appel a, à mon sens, erronément substitué sa propre évaluation des propos de l'intimé à celle du juge de première instance. Finalement, je suis d'avis que la conclusion du juge de première instance sur la preuve de la *mens rea* est conforme à la règle de droit applicable. J'accueillerais le pourvoi et je rétablirais la déclaration de culpabilité de l'intimé pour outrage au tribunal. Je ne modifierais pas la peine infligée par le juge de première instance.

### III. Analyse

#### A. *Principes*

[79] En matière d'outrage au tribunal, les circonstances dans lesquelles l'ordonnance est prononcée doivent être examinées avec attention (*Zhang c. Chau* (2003), 229 D.L.R. (4th) 298 (C.A. Qc), par. 31, autorisation d'appel refusée, [2003] 3 R.C.S. v). En l'espèce, l'examen des jugements de la Cour supérieure et de la Cour d'appel révèle que la situation au Québec était explosive, de nombreuses ordonnances des tribunaux n'étaient pas respectées et des manifestations populaires, au départ pacifiques, dégénéraient quotidiennement.

[80] Il convient de rappeler le lien essentiel entre la sanction de l'outrage au tribunal et la préservation de la primauté du droit. Comme le souligne la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901, p. 931 :

Tant l'outrage civil au tribunal que l'outrage criminel au tribunal reposent sur le pouvoir de la cour de maintenir sa dignité et sa procédure. La primauté du droit est le fondement de notre société; sans elle, la paix, l'ordre et le bon gouvernement n'existent pas. La primauté du droit est directement tributaire de la capacité des tribunaux de faire observer leur procédure et de maintenir leur dignité et le respect qui leur est dû.

[81] In other words, convictions for contempt of court are one of the essential tools for ensuring the rule of law in a democratic society and for ensuring that social order prevails rather than chaos (C. Gervais, *L'injonction* (2nd ed. 2005), at p. 123). It is well established that the purpose of the contempt proceeding, whether in a civil or a criminal context, is to maintain public confidence in the administration of justice and ensure the smooth functioning of the courts (A. Popovici, *L'outrage au tribunal* (1977), at pp. 98-99; *Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. v. Cutter (Canada), Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 388). All forms of contempt thus involve interference with the orderly administration of justice that strikes at the very heart of the rule of law (*Centre commercial Les Rivières ltée v. Jean bleu inc.*, 2012 QCCA 1663, at para. 65 (CanLII), quoting *Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 S.C.R. 1065).

[82] It is therefore essential that all members of a “democratic” civil society adhere to this ideal and that the courts remain vigilant and ensure that the orders they make are complied with. Such vigilance is especially crucial in a period of social crisis or unrest like the one in Quebec during the “Maple Spring”. In such a climate, incitement to disobey court orders will cause disorder and jeopardize fundamental freedoms. “The fragility of the rule of law is such that none of us who seek to enjoy its benefits can be permitted the occasional anarchical holiday from its mandate, no matter how compelling or how persuasive may be the cause that such anarchy seeks to advance” (*R. v. Bridges* (1989), 61 D.L.R. (4th) 154 (B.C.S.C.), at p. 157, per Wood J., aff’d (1990), 54 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.), quoted with approval in *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson* (1994), 92 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.), at para. 6, and in *R. v. Krawczyk*, 2009 BCCA 250, 275 B.C.A.C. 6, at para. 32, leave to appeal refused, [2010] 1 S.C.R. xi; see also *Canada Metal Co. v. Canadian Broadcasting Corp. (No. 2)* (1974), 4 O.R. (2d) 585 (H.C.J.), at p. 613, aff’d (1975), 11 O.R. (2d) 167 (C.A.)).

[81] Autrement dit, la condamnation pour outrage au tribunal fait partie des outils essentiels pour assurer la primauté du droit dans une société démocratique et pour garantir que l’ordre social prime sur le chaos (C. Gervais, *L'injonction* (2<sup>e</sup> éd. 2005), p. 123). Il est acquis que cette procédure, que ce soit en matière civile ou criminelle, a pour but de sauvegarder la confiance du public dans l’administration de la justice et d’assurer le fonctionnement harmonieux des tribunaux (A. Popovici, *L'outrage au tribunal* (1977), p. 98-99; *Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. c. Cutter (Canada), Ltd.*, [1983] 2 R.C.S. 388). En conséquence, toute forme d’outrage implique une entrave à la bonne administration de la justice qui s’attaque au cœur même de la primauté du droit (*Centre commercial Les Rivières ltée c. Jean bleu inc.*, 2012 QCCA 1663, par. 65 (CanLII), citant *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065).

[82] Il est donc primordial que tous les acteurs d’une société civile dite démocratique adhèrent à cet idéal et que les tribunaux restent vigilants et assurent le respect des ordonnances qu’ils prononcent. Cette vigilance est particulièrement cruciale en période de crise ou d’agitation sociale, telle celle qu’a vécue le Québec durant le « printemps érable ». Dans un tel climat, l’incitation à désobéir aux ordonnances des tribunaux engendre le désordre et met en péril les libertés fondamentales. [TRADUCTION] « La fragilité de la primauté du droit est telle qu’aucune personne désireuse de jouir des avantages de ce principe ne saurait être autorisée à déroger à ses préceptes pour quelque moment d’anarchie occasionnelle, et ce, aussi impérieuse ou par ailleurs convaincante que puisse être la cause que ces moments d’anarchie visent à soutenir » (*R. c. Bridges* (1989), 61 D.L.R. (4th) 154 (C.S. C.-B.), p. 157, le juge Wood, conf. par (1990), 54 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.), cité avec approbation dans *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson* (1994), 92 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.), par. 6, et dans *R. c. Krawczyk*, 2009 BCCA 250, 275 B.C.A.C. 6, par. 32, autorisation d’appel refusée, [2010] 1 R.C.S. xi; voir également *Canada Metal Co. c. Canadian Broadcasting Corp. (No. 2)* (1974), 4 O.R. (2d) 585 (H.C.J.), p. 613, conf. par (1975), 11 O.R. (2d) 167 (C.A.)).

[83] Thus, in a contempt proceeding, the real legal issue, respect for the authority of the courts, must not be reduced to a simple question of procedure and burden of proof, as a fair and just resolution of the case must be based on the circumstances and consequences of the alleged acts.

[84] This being said, the power to punish for contempt of court is obviously exceptional and must be exercised only as a last resort (*Centre commercial Les Rivières*, at para. 7; *Constructions Louisbourg ltée v. Société Radio-Canada*, 2014 QCCA 155, at para. 26 (CanLII)). Exercising this power is nonetheless justified where a contempt conviction is necessary to protect the integrity of the justice system and to ensure that system's credibility in the eyes of the public (*Echostar Satellite Corp. v. Lis*, 2004 CanLII 2156 (Que. Sup. Ct.), at para. 21). However, because of the nature of such an order, strict conditions, including the criminal law standard of proof beyond a reasonable doubt, apply when one is made (art. 53.1 para. 1 *C.C.P.*). But this does not mean that the use of the power must be so arduous that, in practice, it can no longer be exercised.

[85] It is clear, as the Quebec Court of Appeal noted in *Procom Immobilier Inc. v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1992] R.D.J. 561, quoted in *Zhang*, that while it is true that the procedural rules on contempt of court must be applied strictly, that they are *strictissimi juris*, this does not mean that a court must tolerate breaches of contempt orders or allow people to ignore injunctions, or worse yet, to incite others to defy them, in the name of an excessive artificial formalism. See also Gervais, at pp. 125-26.

**B. Notice Under the Final Portion of Article 50 Paragraph 1 C.C.P.**

[86] I agree with the Court of Appeal that, in the instant case, there is no doubt the respondent knew full well that the contempt charge he had to answer

[83] Ainsi, en matière d'outrage au tribunal, il ne faut pas réduire à une simple question de procédure et de fardeau de preuve le véritable enjeu juridique, soit le respect de l'autorité des tribunaux, puisque la résolution juste et équitable du litige est tributaire des circonstances et des conséquences liées aux actes reprochés.

[84] Cela dit, il coule de source que le pouvoir de sanctionner l'outrage au tribunal est exceptionnel et ne doit être exercé qu'en dernier recours (*Centre commercial Les Rivières*, par. 7; *Constructions Louisbourg ltée c. Société Radio-Canada*, 2014 QCCA 155, par. 26 (CanLII)). L'exercice de ce pouvoir est néanmoins justifié lorsqu'une condamnation pour outrage au tribunal s'impose afin d'appuyer l'intégrité du système de justice et d'assurer sa crédibilité auprès des justiciables (*Echostar Satellite Corp. c. Lis*, 2004 CanLII 2156 (C.S. Qc), par. 21). Cela dit, en raison de la nature d'une telle ordonnance, son prononcé exige le respect de conditions d'application strictes, notamment la norme de preuve hors de tout doute raisonnable applicable en droit criminel (art. 53.1 al. 1 *C.p.c.*). Cela ne veut pas dire pour autant que l'application de ce pouvoir doit être à ce point ardue que celui-ci ne peut plus concrètement être exercé.

[85] Force est de constater, comme le soulignait la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Procom Immobilier Inc. c. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1992] R.D.J. 561, cité dans *Zhang*, que même si les règles procédurales portant sur l'outrage au tribunal sont d'application stricte, *strictissimi juris*, cela ne veut pas dire que la cour doit tolérer la violation de ces ordonnances ou qu'elle doit permettre d'ignorer ou pire encore d'inciter à défier une injonction au nom d'un formalisme artificiel et excessif. Voir, également, Gervais, p. 125-126.

**B. Le préavis de l'art. 50 al. 1 C.p.c., in fine**

[86] Je partage l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle, en l'espèce, il ne fait aucun doute que l'intimé savait précisément qu'il devait répondre à

had been laid both under art. 761 *C.C.P.* and under the whole of art. 50 para. 1 *C.C.P.*

[87] I acknowledge that the appellant’s motion requesting that the respondent be ordered to appear for contempt of court referred specifically only to art. 761 *C.C.P.* At the appearance, counsel for the appellant stated that the appellant was also submitting that the respondent had breached para. 60 of the Safeguard Order by taking [TRANSLATION] “any action that could prevent or adversely affect access to the classes in question”. That argument was based on the essential elements of art. 761 *C.C.P.* and the first portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.*, both of which apply to offences based on a breach by a defendant of an order made by the Superior Court.

[88] The special rule ordering the respondent to appear, with which he was served, expressly referred to arts. 50 and 761 *C.C.P.* Because that rule did not refer to only one portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.*, it can be concluded that both articles are central to the case. In addition, the acts alleged against the respondent by the appellant in his motion, and the description of the allegations against the respondent in the special rule — including that he had [TRANSLATION] “publicly incite[d] people to contravene” the Safeguard Order — fall within the final portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.* (see judgment at trial, at paras. 61-62; judgment of the Court of Appeal, at para. 44). Finally, the respondent made submissions related to that provision at trial, maintaining [TRANSLATION] “that he did not act in such a way as to interfere with the due course of justice or to impair the authority or dignity of the court” (judgment at trial, at para. 32). With respect for those who disagree, it is reasonable to say that the respondent knew he also had to answer allegations of contempt based on the final portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.*

[89] Accordingly, having regard to all the circumstances, I am of the view that the respondent was given sufficiently clear and specific notice of the contempt charge based on a breach of art. 50 para. 1 *C.C.P.* The charge laid against the respondent was

l’accusation d’outrage portée en vertu de l’art. 761 *C.p.c.* et de l’ensemble de l’art. 50 al. 1 *C.p.c.*

[87] Je reconnais que le libellé de la requête de l’appelant qui demandait que l’intimé soit assigné à comparaître pour outrage au tribunal se référait uniquement à l’art. 761 *C.p.c.* Lors de sa comparution, l’avocat de l’appelant a précisé que ce dernier invoquait aussi la violation du par. 60 de l’Ordonnance de sauvegarde, à savoir la violation de celle-ci en accomplissant « toute action susceptible d’empêcher ou d’affecter négativement l’accès à ces cours ». Cette prétention reprend les éléments essentiels de l’art. 761 *C.p.c.* et de la première partie de l’art. 50 al. 1 *C.p.c.* Les deux dispositions couvrent ainsi les infractions fondées sur la violation par le défendeur d’une ordonnance de la Cour supérieure.

[88] L’ordonnance spéciale de comparaître, dont l’intimé a reçu signification, fait expressément état des art. 50 et 761 *C.p.c.* Puisque cette ordonnance ne cite pas seulement une partie de l’art. 50 al. 1 *C.p.c.*, il est loisible de conclure que les deux articles sont au cœur du litige. De plus, les faits que l’appelant reproche à l’intimé dans sa requête, ainsi que la description des allégations formulées contre ce dernier dans l’ordonnance spéciale — notamment qu’il a « incité publiquement les gens à contrevenir à » l’Ordonnance de sauvegarde — sont visés par la dernière partie de l’art. 50 al. 1 *C.p.c.* (voir le jugement de première instance, par. 61-62; jugement de la Cour d’appel, par. 44). Finalement, lors du procès, l’intimé a présenté des arguments portant sur cette disposition, soulignant « qu’il n’a pas agi de manière à entraver le cours normal de la justice ou à porter atteinte à l’autorité ou à la dignité du tribunal » (jugement de première instance, par. 32). Avec égards pour l’opinion contraire, il est raisonnable d’affirmer que l’intimé savait qu’il devait aussi répondre aux allégations d’outrage au tribunal fondées sur la dernière partie de l’art. 50 al. 1 *C.p.c.*

[89] En conséquence, au vu de l’ensemble des circonstances, je suis d’avis que l’intimé a reçu une notification suffisamment claire et précise de l’accusation d’outrage portant sur une contravention de l’art. 50 al. 1 *C.p.c.* L’accusation déposée contre

specific, as the exact words that had led to the charge and the relevant articles of the *C.C.P.* were reproduced (*Cotroni v. Quebec Police Commission*, [1978] 1 S.C.R. 1048; *Re Awada* (1970), 13 C.R.N.S. 127 (Que. C.A.)). He knew the nature of the charge and had been told everything he needed to know (*Droit de la famille — 122875*, 2012 QCCA 1855, 29 R.F.L. (7th) 137, at para. 27). He was fully aware of the charge against him and had an opportunity to answer it (*Iron Ore Co. of Canada v. United Steel Workers of America, Local 5795* (1979), 20 Nfld. & P.E.I.R. 27 (Nfld. C.A.), at para. 45, per Gushue J.A., leave to appeal refused, [1979] 1 S.C.R. viii). An [TRANSLATION] “excessive artificial formalism” would not have been appropriate (*Procom*, at p. 563). It was therefore appropriate for the trial judge, in assessing the evidence of the facts, to determine whether the respondent had — by inciting others to breach the Safeguard Order, as he was alleged to have done — acted in such a way as to interfere with the course of justice or to impair the authority or dignity of the court within the meaning of the final portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.* (para. 64).

### C. Knowledge of the Order

[90] In my view, it was not essential that the respondent have specific knowledge of the order he allegedly incited others to breach in order to be convicted of contempt of court under the final portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.*

[91] This is not a case in which the respondent himself disobeyed an order. Rather, the respondent was charged with contravening an order — one among several similar orders — by inciting other students to disobey it. Thus, the contempt alleged in this case does not really involve a breach of the Safeguard Order itself (the first portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.*); rather, it involves conduct that impaired the authority of the court (the final portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.*). The second of these offences is broader than the simple breach of an order. This is why a contempt conviction is possible under the final portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.* even where the underlying order has not yet taken effect. Dickson J.

l’intimé était précise, car les propos exacts à l’origine de l’accusation ainsi que les articles pertinents du *C.p.c.* étaient reproduits (*Cotroni c. Commission de police du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 1048; *Re Awada* (1970), 13 C.R.N.S. 127 (C.A. Qc)). Il connaissait la nature de l’accusation et avait reçu tous les détails pertinents (*Droit de la famille — 122875*, 2012 QCCA 1855, 29 R.F.L. (7th) 137, par. 27). Il était pleinement conscient de l’accusation portée contre lui et il avait la possibilité d’y répondre (*Iron Ore Co. of Canada c. United Steel Workers of America, Local 5795* (1979), 20 Nfld. & P.E.I.R. 27 (C.A. T.-N.), par. 45, le juge Gushue, autorisation d’appel refusée, [1979] 1 R.C.S. viii). Un « formalisme artificiel et excessif » ne saurait s’appliquer (*Procom*, p. 563). Dans l’évaluation de la preuve des faits, le juge de première instance était donc justifié de décider si, en incitant d’autres personnes à violer l’Ordonnance de sauvegarde, comme il lui était reproché de l’avoir fait, l’intimé a agi de manière à entraver le cours de la justice ou à porter atteinte à l’autorité ou à la dignité du tribunal, suivant les termes de la dernière partie de l’art. 50 al. 1 *C.p.c.* (par. 64).

### C. La connaissance de l’ordonnance

[90] J’estime que la connaissance spécifique d’une ordonnance que l’intimé a, prétend-on, incité d’autres citoyens à enfreindre n’est pas essentielle pour que ce dernier soit déclaré coupable d’outrage au tribunal en vertu de la dernière partie de l’art. 50 al. 1 *C.p.c.*

[91] En l’espèce, il ne s’agit pas d’une ordonnance à laquelle l’intimé a lui-même désobéi. Il s’agit plutôt d’une ordonnance, parmi plusieurs autres ordonnances semblables, à laquelle l’intimé est accusé d’avoir contrevenu en incitant d’autres étudiants à y désobéir. Partant, l’outrage au tribunal allégué en l’espèce ne vise pas vraiment la violation de l’Ordonnance de sauvegarde elle-même (la première partie de l’art. 50 al. 1 *C.p.c.*), mais plutôt un comportement ayant porté atteinte à l’autorité du tribunal (la dernière partie de l’art. 50 al. 1 *C.p.c.*). La deuxième de ces infractions est de portée plus générale que la seule violation des ordonnances. C’est pourquoi une condamnation pour outrage au tribunal

(as he then was), writing for the Court in *Baxter*, stated the following in this regard, at pp. 396-97:

The general purpose of the court’s contempt power is to ensure the smooth functioning of the judicial process. Contempt extends well beyond breach of court orders. . . .

Contempt in relation to injunctions has always been broader than actual breaches of injunctions. Cattanach J. recognized this in the present case. Thomas Maxwell is named in the show cause order as having committed contempt in his personal capacity although he is not a party to the action. He is not personally bound by the injunction and therefore could not personally be guilty of a breach. Nevertheless, Cattanach J. acknowledged he could still be found in contempt if he, with knowledge of its existence, contravened its terms. Although technically not a breach of an injunction, such an action would constitute contempt because it would tend to obstruct the course of justice; Kerr on Injunctions, 6th ed. 1927, at p. 675; Poje v. Attorney General for British Columbia, [1953] 1 S.C.R. 516. [Emphasis added.]

[92] A judge must therefore assess the nature and extent of the defendant’s knowledge of the order in question so as to determine whether the defendant is guilty beyond a reasonable doubt of contempt of court under the final portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.* for inciting others to disobey the order.

[93] It is true that this Court stated in *Bhatnager v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 S.C.R. 217, at p. 225, that the evidence must show “actual personal knowledge of a court order [on the part of the defendant]”. The Quebec law on contempt of court has its source in the common law, whose rules apply unless they have been expressly excluded (*Vidéotron*, per Gonthier J.; *Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618, at p. 644, per Beetz J.; D. Ferland and B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (5th ed. 2015), vol. 1, at pp. 302-3).

est possible, sous le régime de la dernière partie de l’art. 50 al. 1 *C.p.c.*, même si l’ordonnance sous-jacente n’a pas encore pris effet. Comme l’a reconnu le juge Dickson (plus tard Juge en chef) au nom de la Cour dans l’arrêt *Baxter*, p. 396-397 :

Les pouvoirs de la cour en matière d’outrage ont pour but général d’assurer le fonctionnement harmonieux du système judiciaire. L’outrage au tribunal va beaucoup plus loin que la violation des ordonnances de la cour. . .

L’outrage relatif à des injonctions a toujours été de portée plus générale que la violation réelle d’une injonction. Le juge Cattanach le reconnaît en l’espèce. Thomas Maxwell est désigné dans l’ordonnance de justification comme auteur d’un outrage au tribunal à titre personnel bien qu’il ne soit pas partie à l’action. Il n’est pas personnellement lié par l’injonction et il ne pouvait donc pas être personnellement coupable de violation. Néanmoins, le juge Cattanach a reconnu qu’il pouvait quand même être déclaré coupable d’outrage, si en toute connaissance de l’existence de l’injonction, il a contrevenu à ses conditions. Bien qu’il ne s’agisse pas formellement de la violation d’une injonction, une telle conduite constitue un outrage au tribunal parce qu’elle tend à entraver le cours de la justice; Kerr on Injunctions, 6<sup>e</sup> éd., 1927, à la p. 675; Poje v. Attorney General for British Columbia, [1953] 1 R.C.S. 516. [Je souligne.]

[92] Le juge doit alors apprécier la nature et l’étendue de la connaissance de l’ordonnance en cause afin de décider si le défendeur est, hors de tout doute raisonnable, coupable d’outrage au tribunal selon la dernière partie de l’art. 50 al. 1 *C.p.c.*, pour le motif qu’il a incité d’autres personnes à désobéir à cette ordonnance.

[93] Dans l’arrêt *Bhatnager c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1990] 2 R.C.S. 217, p. 225, il est exact que notre Cour a précisé que la preuve doit démontrer « la connaissance personnelle réelle [par le défendeur] de l’ordonnance d’un tribunal ». Le droit québécois en matière d’outrage au tribunal tire sa source de la common law, dont les règles s’appliquent à moins d’avoir été écartées expressément (*Vidéotron*, le juge Gonthier; *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618, p. 644, le juge Beetz; D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (5<sup>e</sup> éd. 2015), vol. 1, p. 302-303).

[94] However, *Bhatnager* and other leading cases on the subject do not specify what is meant by “actual personal” knowledge, nor do they state that such knowledge must be specific. See, for example, *Carey v. Laiken*, 2015 SCC 17, [2015] 2 S.C.R. 79, at para. 34; and *College of Optometrists (Ont.) v. SHS Optical Ltd.*, 2008 ONCA 685, 241 O.A.C. 225, at para. 71. What is clear is that the defendant need not have been served with the order. Knowledge can always be inferred from circumstantial evidence (*Bhatnager*, at p. 226; *Estrada v. Young*, 2005 QCCA 493, at para. 11 (CanLII)). The inference must be reasonable given the evidence or the absence of evidence, assessed logically, and in light of common sense and human experience (*R. v. Villaroman*, 2016 SCC 33, [2016] 1 S.C.R. 1001, at para. 36).

[95] A relevant case on the question of inferred knowledge is *Re Tilco Plastics Ltd. v. Skurjat*, [1966] 2 O.R. 547 (H.C.J.), aff’d [1967] 2 C.C.C. 196 (C.A.), leave to appeal refused, [1966] S.C.R. vii, in which it was alleged that demonstrators had breached an order limiting picketing around a place of work. Most of the demonstrators were not named in the order and were not parties to the action in which the order had been made. However, the court assessed the circumstantial evidence, including the facts that the local media had informed the public of the existence and substance of the order and that a number of signs carried by certain demonstrators while picketing referred generally to injunctions. The court found that it had been shown beyond a reasonable doubt that the demonstrators had knowledge of the nature and substance of the order, and convicted them of contempt of court: “. . . it is most unlikely, in view of the other proven circumstances, that the other respondents did not receive notice of the order through the media of radio and television, and from the general reputation in the community on the subject” (*Tilco Plastics*, at p. 570).

[96] In *Avery v. Andrews* (1882), 51 L.J. Ch. 414, a case referred to in *Bhatnager*, the court found that

[94] Toutefois, l’arrêt *Bhatnager* et d’autres décisions importantes en la matière ne précisent pas ce qui constitue la connaissance « personnelle réelle ». Elles ne déclarent pas non plus que cette connaissance doit être spécifique. Voir, à titre d’exemple, *Carey c. Laiken*, 2015 CSC 17, [2015] 2 R.C.S. 79, par. 34; et *College of Optometrists (Ont.) c. SHS Optical Ltd.*, 2008 ONCA 685, 241 O.A.C. 225, par. 71. Ce qui est clair, c’est qu’il n’est pas nécessaire que le défendeur ait reçu signification de l’ordonnance. La connaissance peut toujours être inférée de la preuve circonstancielle (*Bhatnager*, p. 226; *Estrada c. Young*, 2005 QCCA 493, par. 11 (CanLII)). L’inférence doit être raisonnable compte tenu d’une appréciation logique de la preuve ou de l’absence de preuve, et suivant le bon sens et l’expérience humaine (*R. c. Villaroman*, 2016 CSC 33, [2016] 1 R.C.S. 1001, par. 36).

[95] L’arrêt *Re Tilco Plastics Ltd. c. Skurjat*, [1966] 2 O.R. 547 (H.C.J.), conf. par [1967] 2 C.C.C. 196 (C.A.), autorisation d’appel refusée, [1966] R.C.S. vii, constitue un exemple pertinent de connaissance inférée. Dans cet arrêt, il était allégué que les manifestants avaient violé une ordonnance limitant le piquetage autour d’un lieu de travail. La plupart des manifestants n’étaient ni nommés dans l’ordonnance, ni parties à l’action dans laquelle elle avait été prononcée. Néanmoins, la cour a apprécié la preuve circonstancielle, notamment le fait que la presse régionale avait informé le public de l’existence et du contenu de l’ordonnance, et le fait que plusieurs affiches brandies par certains manifestants durant leur piquetage référaient de façon générale aux ordonnances d’injonction. La cour a conclu qu’il avait été démontré hors de tout doute raisonnable que les manifestants connaissaient la nature et le contenu de l’ordonnance et les a reconnus coupables d’outrage au tribunal : [TRADUCTION] « . . . il est très peu probable, compte tenu des autres circonstances établies, que les autres intimés n’aient pas appris l’existence de l’ordonnance par l’entremise de la radio et de la télévision, ainsi que par la notoriété dont jouissait cette situation dans la communauté » (*Tilco Plastics*, p. 570).

[96] Dans l’arrêt *Avery c. Andrews* (1882), 51 L.J. Ch. 414, mentionné dans *Bhatnager*, le tribunal a

some of the defendants, who were new trustees of a society, had sufficient knowledge of the content of an injunction that applied to and named only the former trustees, even though the defendants in question claimed never to have seen the order or a copy of it. The court held that the defendants were “aware of the effect of the order”, given that they had attended a meeting at which a letter advising the society to consent to the injunction had been read, and that a local newspaper had published a full account of the proceeding in which the order had been made (pp. 415-16).

[97] The question of knowledge therefore requires that the context be assessed. In *Bhatnager*, at p. 225, this Court quoted with approval the following comments of Thesiger L.J. in *Ex parte Langley* (1879), 13 Ch. D. 110 (C.A.), at p. 119:

... the question in each case, and depending upon the particular circumstances of the case, must be, was there or was there not such a notice given to the person who is charged with contempt of Court that you can infer from the facts that he had notice in fact of the order which had been made? And, in a matter of this kind, bearing in mind that the liberty of the subject is to be affected, I think that those who assert that there was such a notice ought to prove it beyond reasonable doubt. [Emphasis added.]

[98] Baudouin J.A. of the Quebec Court of Appeal commented as follows on this subject in *Zhang*: “. . . Courts should, on the one hand, examine the context in which the order was issued, and evaluate it according to the specific and particular circumstances of the case and, on the other hand, ask themselves whether or not the defendant could have reasonably been aware that his acts or omissions fall under the order” (para. 31 (emphasis added)).

[99] Thus, where the contempt charge alleges that the defendant incited others to breach an order, contrary to the final portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.*, it is my view that the evidence must establish beyond a reasonable doubt that the defendant knew of the existence of the order in question or

estimé que certains défendeurs, nouveaux fiduciaires d’une société, possédaient une connaissance suffisante du contenu d’une ordonnance d’injonction visant et nommant seulement les anciens fiduciaires, même si ces défendeurs avaient prétendu n’avoir jamais vu l’ordonnance ou une copie de celle-ci. Le tribunal a décidé que ces défendeurs étaient [TRADUCTION] « au fait des effets de l’ordonnance », étant donné qu’ils avaient assisté à une réunion pendant laquelle une lettre conseillant à la société de consentir à l’ordonnance était lue, et qu’un journal local avait publié un résumé complet du recours dans lequel l’ordonnance avait été rendue (p. 415-416).

[97] En conséquence, la question de la connaissance requiert une évaluation contextuelle. Dans *Bhatnager*, p. 225, notre Cour a cité et approuvé les propos suivants du lord juge Thesiger dans l’arrêt *Ex parte Langley* (1879), 13 Ch. D. 110 (C.A.), p. 119 :

[TRADUCTION] . . . la question dans chaque cas, et selon les circonstances particulières de l’affaire, doit être : y a-t-il eu un avis donné à la personne accusée d’outrage au tribunal qui permette de déduire des faits qu’elle a effectivement reçu un avis de l’ordonnance qui avait été rendue? Et dans une affaire de ce genre, compte tenu du fait qu’il peut y avoir atteinte à la liberté de la personne, je suis d’avis que ceux qui affirment qu’il y a eu un tel avis sont tenus de le démontrer hors de tout doute raisonnable. [Je souligne.]

[98] Ainsi, le juge Baudouin de la Cour d’appel du Québec a souligné ce qui suit dans l’arrêt *Zhang* : [TRADUCTION] « . . . les tribunaux doivent, d’une part, examiner le contexte dans lequel l’ordonnance a été rendue et l’évaluer selon les circonstances spécifiques et particulières de la cause puis, d’autre part, se demander si le défendeur aurait ou non raisonnablement pu savoir que ses actes ou omissions étaient visés par l’ordonnance » (par. 31 (je souligne)).

[99] Cela dit, lorsque l’accusation d’outrage au tribunal reproche au défendeur d’avoir incité d’autres personnes à violer une ordonnance, en contravention de la dernière partie de l’art. 50 al. 1 *C.p.c.*, je suis d’avis que la preuve doit établir hors de tout doute raisonnable que le défendeur savait que

of similar orders containing the same terms that the defendant urged other people to breach. In other words, the evidence must establish that the defendant knew of the existence of one or more orders that were in effect at the time of the offence and was also in a position to know that his or her acts or words were contrary to those orders.

[100] In the instant case, a contextual analysis of the respondent's words can lead to only one reasonable inference (*Villaroman*, at para. 30; *R. v. Griffin*, 2009 SCC 28, [2009] 2 S.C.R. 42, at para. 33, per Charron J. for the majority), that is, that the respondent had the required knowledge of the nature and scope of the orders.

[101] Because knowledge of the orders is a question of fact, the trial court's finding on this point is entitled to deference. Although the Court of Appeal took issue with some of the facts found by the trial judge that depended on knowledge, and with the inferences the judge drew from those facts, its concerns related primarily to proof of specific knowledge of the Safeguard Order, which, as I explained above, is not necessary.

[102] In my opinion, both the approach adopted by the Court of Appeal and the one proposed by the respondent at the hearing in this Court are incorrect. If the evidence of knowledge is circumstantial, then all the circumstances must be considered. The Court of Appeal stated that the analysis of the respondent's knowledge should focus on the answer given by the respondent in the interview rather than on the journalist's questions (para. 56). And the respondent suggests that Mr. Bureau-Blouin's remarks on the same subject, which were broadcast just before his own, should be disregarded. Such an approach is surprising, and puzzling. How can there be a genuine assessment of the context and circumstances if evidence of certain circumstances is accepted while certain other circumstances are disregarded? With respect, I believe that such an analysis is insufficient and incomplete.

l'ordonnance en cause existait ou qu'il existait des ordonnances semblables contenant les mêmes conditions qu'il a encouragé d'autres personnes à ne pas respecter. En d'autres mots, la preuve doit établir, d'une part, que le défendeur connaissait l'existence d'une ou de plusieurs ordonnances en vigueur au moment de l'infraction et, d'autre part, qu'il était en mesure de savoir que ses actes ou ses paroles contrevenaient à ces ordonnances.

[100] En l'espèce, une analyse contextuelle des propos de l'intimé ne peut mener qu'à une seule conclusion raisonnable (*Villaroman*, par. 30; *R. c. Griffin*, 2009 CSC 28, [2009] 2 R.C.S. 42, par. 33, la juge Charron pour la majorité), soit que l'intimé avait la connaissance requise de la nature et de la portée des ordonnances.

[101] La connaissance des ordonnances étant une question de fait, la conclusion du tribunal de première instance à cet égard commande la déférence. Même si la Cour d'appel remet en cause certains faits constatés par le juge de première instance qui sont tributaires de la connaissance, ainsi que les inférences qu'en a tirées le juge, ces reproches concernent pour la plupart la preuve de la connaissance spécifique de l'Ordonnance de sauvegarde, connaissance qui, tel qu'il a été expliqué plus haut, n'est pas nécessaire.

[102] À mon avis, tant l'approche adoptée par la Cour d'appel, que celle avancée par l'intimé lors de l'audience de notre Cour sont erronées. Si la preuve de la connaissance est circonstancielle, il faut alors examiner toutes les circonstances. Or, la Cour d'appel a affirmé que, dans le cadre de l'analyse de la connaissance de l'intimé, il fallait s'attarder à la réponse donnée par l'intimé lors de l'entrevue, plutôt qu'aux questions posées par la journaliste (par. 56). De même, l'intimé suggère d'ignorer les paroles de M. Bureau-Blouin sur le même sujet qui ont été diffusées juste avant. Une telle approche surprend et laisse perplexe. Comment peut-on procéder à une véritable évaluation contextuelle et circonstancielle en acceptant la preuve de certaines circonstances mais en écartant certaines autres? Avec égards pour l'opinion contraire, j'estime qu'une telle analyse est perfectible et incomplète.

[103] When considered in the context of the entire interview, as the trial judge did, the respondent's words show beyond a reasonable doubt that he knew of the existence, content and scope of the orders — that is, the obligation to allow students to have free access to their classes.

[104] As the trial judge noted, the respondent [TRANSLATION] “himself referred directly to the orders made by the courts that required that students be given free access to their classes” (para. 81). In the television interview, the respondent said that it was [TRANSLATION] “quite unfortunate that there’s really a minority of students who’re using the courts to circumvent the collective decision” to boycott classes (judgment of the Court of Appeal, at para. 15 (emphasis added)). These remarks by the respondent came after the answer given by Mr. Bureau-Blouin, who had stated that there were “injunctions”, “specific court orders, not to block the path of certain students” (*ibid.*). The respondent’s remarks came after he had heard Mr. Bureau-Blouin’s answer.

[105] To claim that the respondent did not know there were orders whose relevant terms prohibited blocking students’ access to their classes is to totally disregard the contextual evidence before the trial judge. Even if this were in theory a possible interpretation of the facts, it was not open to the trier of fact to act on the basis of interpretations that he considered unreasonable (*Villaroman*, at para. 42). The Safeguard Order was one of the measures of whose content the respondent was well aware. As the trial judge observed at para. 82, [TRANSLATION] “[i]n this context, the [respondent] cannot claim that . . . he was referring to all the other orders the courts had made to protect students’ access to their classes but not the one made by Émond J.” Moreover, as the trial judge concluded — and this was the essence of his reasoning — the respondent was aware of the content of the orders, and in the course of the television interview, he incited students to breach them.

[103] Considérées dans le contexte de l’ensemble de l’entrevue, comme l’a fait le juge de première instance, les paroles de l’intimé démontrent au-delà de tout doute raisonnable que l’intimé connaissait l’existence des ordonnances, ainsi que la teneur et la portée de celles-ci — c’est-à-dire l’obligation de laisser aux étudiants le libre accès à leurs cours.

[104] Comme le constate le juge de première instance, l’intimé « lui-même fait directement référence aux ordonnances rendues par les tribunaux ordonnant le libre accès des étudiants à leurs cours » (par. 81). Pendant l’entrevue télévisée, l’intimé dit qu’il est « tout à fait regrettable là qu’il y ait vraiment une minorité d’étudiants et d’étudiantes qui utilisent les tribunaux pour contourner la décision collective » de boycotter les cours (jugement de la Cour d’appel, par. 15 (je souligne)). Ces propos de l’intimé suivent la réponse de M. Bureau-Blouin, lequel mentionne qu’il y a des « injonctions », « des ordres précis de la Cour, pour ne pas bloquer le passage de certains étudiants » (*ibid.*). L’intimé a tenu les propos reproduits ci-dessus après avoir entendu cette réponse de M. Bureau-Blouin.

[105] Prétendre que l’intimé ne savait pas qu’il y avait des ordonnances dont les conditions pertinentes interdisaient de bloquer l’accès des étudiants à leurs cours fait totalement abstraction du contexte mis en preuve devant le juge de première instance. Même si c’était là une interprétation des faits théoriquement possible, le juge des faits ne devait pas s’appuyer sur des interprétations qu’il considère comme déraisonnables (*Villaroman*, par. 42). L’Ordonnance de sauvegarde faisait partie des mesures dont l’intimé connaissait pertinemment la teneur. Ainsi que le souligne le juge de première instance, au par. 82, « [d]ans ce contexte, [l’intimé] ne peut prétendre [. . .] [qu’]il référerait à toutes les autres ordonnances rendues par les tribunaux protégeant l’accès pour les étudiants à leurs cours, sauf celle du juge Émond. » De plus, comme a conclu le juge de première instance, et c’était là l’essentiel de son raisonnement, l’intimé connaissait la teneur des ordonnances et il a incité les étudiants à contrevenir à celles-ci pendant l’entrevue télévisée.

D. *Actus Reus*

[106] In my view, the trial judge's conclusion with respect to the *actus reus* is entitled to deference. With respect, the Court of Appeal found no palpable and overriding error in the trial judge's reasoning on the nature and knowledge of the *actus reus*. It simply characterized the same facts differently.

[107] The *actus reus* under the first portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.* is disobeying any process or order of a court or of a judge thereof. By contrast, the *actus reus* contemplated by the final portion of that provision consists of any action that interferes or tends to interfere with the orderly administration of justice, or that impairs or tends to impair the authority or dignity of the court (*Baxter*, at p. 396; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, per Dickson C.J.; *Attorney-General of Quebec v. Hébert*, [1967] 2 C.C.C. 111 (Que. Q.B.), at p. 131, per Tremblay C.J.Q.). The danger of prejudice to the administration of justice or to the authority of the court must be serious, real or substantial (*Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.*, [1973] 3 All E.R. 54 (H.L.), at pp. 66-67, quoted in *R. v. Kopyto* (1987), 62 O.R. (2d) 449 (C.A.), at p. 512, per Dubin J.A., dissenting in part). Inciting and encouraging others to disobey any process or order can constitute the *actus reus* of the offence defined in the final portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.* (*Attorney-General of Quebec v. Charbonneau* (1972), 13 C.C.C. (2d) 226 (Que. C.A.); *Boon-Strachan Coal Co. v. Campbell*, [1981] C.S. 923; P.-A. Gendreau et al., *L'injonction* (1998), at p. 356).

[108] In light of these principles, I can find no error in the trial judge's conclusion concerning the nature of the *actus reus* or in the reasoning that led him to that conclusion. He did not [TRANSLATION] "impute intentions" to the respondent (judgment of the Court of Appeal, at para. 71). He engaged in a reasoned contextual analysis, whereas the Court of Appeal instead conducted a piecemeal analysis of the evidence. Further, it is the trial judge who was in the best position to undertake that analysis.

D. *L'actus reus*

[106] Je suis d'avis que la conclusion du juge de première instance sur l'*actus reus* mérite déférence. Avec égards, la Cour d'appel n'a relevé aucune erreur manifeste et déterminante dans le raisonnement du juge de première instance sur la nature et la connaissance de l'*actus reus*. Elle a tout simplement qualifié différemment la même trame factuelle.

[107] *L'actus reus* correspondant à la première partie de l'art. 50 al. 1 *C.p.c.* est une contravention à une ordonnance ou à une injonction d'un tribunal ou d'un de ses juges. Par contre, l'*actus reus* visé par la dernière partie de cette disposition s'entend de toute action qui entrave ou tend à entraver le cours normal de l'administration de la justice, ainsi que de toute action qui porte ou tend à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal (*Baxter*, p. 396; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, le juge en chef Dickson; *Hébert c. Procureur général du Québec*, [1966] J.Q. n° 15 (QL) (B.R.), par. 71-73, le juge en chef Tremblay). Il faut que le risque de préjudice pour l'administration de la justice ou pour l'autorité du tribunal soit sérieux, réel ou substantiel (*Attorney-General c. Times Newspapers Ltd.*, [1973] 3 All E.R. 54 (H.L.), p. 66-67, cité dans *R. c. Kopyto* (1987), 62 O.R. (2d) 449 (C.A.), p. 512, le juge Dubin, dissident en partie). L'incitation et l'encouragement à désobéir à une injonction ou à une ordonnance peuvent constituer l'*actus reus* de l'infraction prévue à la dernière partie de l'art. 50 al. 1 *C.p.c.* (*Charbonneau c. Procureur général du Québec*, [1973] R.P. 10 (C.A.); *Boon-Strachan Coal Co. c. Campbell*, [1981] C.S. 923; P.-A. Gendreau et autres, *L'injonction* (1998), p. 356).

[108] À la lumière de ces principes, je ne décèle aucune erreur dans la conclusion du juge de première instance sur la nature de l'*actus reus* ou dans le raisonnement qui l'a amené à conclure ainsi. Ce dernier n'a pas « prêté des intentions » à l'intimé (jugement de la Cour d'appel, par. 71). Il a procédé à une analyse contextuelle raisonnée, alors que la Cour d'appel a plutôt entrepris une analyse fragmentaire de la preuve. De plus, le juge de première instance était le mieux placé pour réaliser cette analyse.

[109] When assessed in the context of the entire interview, the respondent's words show beyond a reasonable doubt that he was doing more than merely expressing disagreement with the judicialization of the student conflict. The respondent — who was the spokesperson for CLASSE and one of the leaders of the student movement — stated in the television interview on the conflict then under way in Quebec, in which students had sought the courts' assistance to gain access to their classrooms, that he believed it was [TRANSLATION] “perfectly legitimate” for students to do “what they have to do to enforce the strike vote”, even “if that [took] picket lines” (judgment of the Court of Appeal, at para. 15 (emphasis added)). The respondent made these remarks after Mr. Bureau-Blouin had in his comments urged students to comply with the orders of injunction, and immediately after the journalist had asked him whether he was “still encouraging picketing to prevent [students from entering]” (*ibid.* (emphasis added)).

[110] In the trial judge's view, there was no doubt that, in these circumstances, [TRANSLATION] “enforce the strike vote” or “uphold the democratic choice that was made to go on strike” meant “prevent students from gaining access to their classes, even by picketing, despite the injunctions, in order to enforce the students' vote in favour of the boycott” (paras. 94 and 96-97). In the circumstances, no other reasonable and logical inference could be drawn from those words. As well, the respondent's statement that it was “legitimate” to do “what they have to do” for that purpose, which he made after being asked whether he was “still encouraging picketing to prevent [students from entering]”, amounted to incitement. There was therefore no doubt that the respondent's words were an incitement to breach the terms of the Safeguard Order as well as those of the other orders that had been made to ensure that students would have access to their classes. The Safeguard Order prohibited anyone boycotting classes [TRANSLATION] “from obstructing or impeding access to classes by means of intimidation or from taking any action that could prevent or adversely affect access to the classes in question” (para. 60). The other orders imposed the same restrictions.

[109] Appréciables dans le contexte de l'ensemble de l'entrevue, les paroles de l'intimé démontrent au-delà de tout doute raisonnable que l'intimé exprimait davantage que son simple désaccord avec la judiciarisation du conflit étudiant. L'intimé — qui était porte-parole de la CLASSE et un des leaders du mouvement étudiant — a déclaré pendant l'entrevue télévisée portant sur le conflit sévissant alors au Québec, au cours duquel des étudiants ont sollicité l'aide des tribunaux afin de pouvoir accéder à leurs salles de cours, que, selon lui, il était « tout à fait légitime » pour les étudiants et les étudiantes de prendre « les moyens nécessaires pour faire respecter le vote de grève », même « si ça pren[ait] des lignes de piquetage » (jugement de la Cour d'appel, par. 15 (je souligne)). L'intimé a fait ces remarques après celles de M. Bureau-Blouin, qui a plutôt invité les étudiants à respecter les ordonnances d'injonctions, et immédiatement après la question de la journaliste, lui demandant s'il « encourage[ait] encore les piquets de grève pour empêcher [les étudiants d'entrer] » (*ibid.* (je souligne)).

[110] Selon le juge de première instance, il ne faisait aucun doute que, dans ce contexte, « faire respecter le vote de grève » ou « faire respecter le choix démocratique qui a été fait d'aller en grève » voulait dire « empêcher l'accès aux étudiants à leurs cours, voire même par le piquetage, malgré les injonctions, le tout afin de faire respecter le vote tenu par les étudiants favorables au boycottage » (par. 94 et 96-97). Dans ces circonstances, aucune autre inférence raisonnable et logique ne peut être tirée de ces propos. De plus, la déclaration de l'intimé selon laquelle il est « légitime » de prendre les « moyens nécessaires » à cette fin, faite en réponse à la question de savoir s'il « encourage[ait] encore les piquets de grève pour empêcher [les étudiants d'entrer] », relève de l'incitation. Il n'y avait alors aucun doute que les paroles de l'intimé constituaient une incitation à contrevenir aux conditions de l'Ordonnance de sauvegarde, ainsi qu'aux autres ordonnances visant à assurer l'accès des étudiants à leurs cours. L'Ordonnance de sauvegarde interdisait à toutes les personnes qui boycottaient les cours « d'obstruer ou de nuire à l'accès aux cours par intimidation ou de poser toute action susceptible d'empêcher ou d'affecter négativement l'accès à ces cours » (par. 60). Les autres ordonnances imposaient les mêmes restrictions.

[111] The Court of Appeal’s conclusion that [TRANSLATION] “[t]here is no basis for finding that the ‘pressure tactics’ [the respondent] referred to were anything other than legal tactics” and that, in any event, his words “contained an unresolvable ambiguity” is surprising (paras. 71-72). To reach that conclusion, it is necessary to give the respondent’s words a latitudinarian meaning that is neither logical nor reasonable. To what can the words “do what they have to do to enforce the strike vote” refer if not actions to prevent access to classes, contrary to the terms of the Safeguard Order? With respect, the Court of Appeal’s conclusion disregards the context and reflects an excessive artificial formalism, as it permits the respondent to “hide behind a restrictive and literal interpretation to circumvent the order and make a mockery of it and of the administration of justice” (*Zhang*, at para. 32).

[112] The trial judge had concluded that the respondent, in his comments, [TRANSLATION] “was . . . promoting anarchy and encouraging civil disobedience” (para. 95). He added that the respondent’s incitement to breach the orders, including the one the appellant had obtained, seriously impaired the authority of the courts (para. 109). I agree. In a television interview that was broadcast to a large audience, the respondent publicly incited others to breach the court orders at the height of the conflict. He made the remarks in question as a spokesperson for CLASSE, which added to the risk of impairing the authority and undermining the credibility of the courts (*Re Ouellet (No. 1)* (1976), 28 C.C.C. (2d) 338 (Que. Sup. Ct.), varied on other grounds, [1976] C.A. 788). With this in mind, the danger of prejudice to the authority of the court was sufficiently serious and substantial to justify the trial judge’s exercising his discretion and convicting the respondent.

#### E. *Mens Rea*

[113] I would not interfere with the trial judge’s finding that the respondent had the *mens rea* required to be convicted of contempt of court under

[111] La conclusion de la Cour d’appel selon laquelle « [r]ien ne permet de conclure que les “moyens de pression” dont [l’intimé] parle sont autres choses que des moyens légaux », et que, de toute manière, ses propos « comportent une ambiguïté irrésoluble » étonne (par. 71-72). En effet, on ne peut conclure ainsi à moins de donner aux paroles de l’intimé une signification latitudinaire qui s’éloigne de la logique et de la raisonnable. À quoi peuvent bien référer les mots « les moyens nécessaires pour faire respecter le vote de grève », sinon aux moyens d’empêcher l’accès aux cours, en contravention des conditions de l’Ordonnance de sauvegarde? Soit dit en tout respect, la conclusion de la Cour d’appel fait abstraction du contexte et témoigne d’un formalisme artificiel et excessif, car elle permet à l’intimé de [TRADUCTION] « se réfugier derrière une interprétation restrictive et littérale pour contourner l’ordonnance ainsi que pour la tourner en dérision de même que l’administration de la justice » (*Zhang*, par. 32).

[112] De l’avis du juge de première instance, par ses paroles, l’intimé « prôn[ait] [. . .] l’anarchie et encourage[ait] la désobéissance civile » (par. 95). Le juge a également conclu que l’incitation par l’intimé au non-respect des ordonnances, dont celle obtenue par l’appelant, portait une atteinte grave à l’autorité des tribunaux (par. 109). Je suis d’accord. Lors d’une entrevue télévisée largement diffusée, l’intimé incitait publiquement à la violation des ordonnances des tribunaux au beau milieu du conflit. Il a formulé ces propos en sa qualité de porte-parole de la CLASSE, ce qui ajoutait au risque de nuire à l’autorité et de miner la crédibilité des tribunaux (*Re Ouellet (No. 1)* (1976), 28 C.C.C. (2d) 338 (C.S. Qc), modifié pour d’autres motifs, [1976] C.A. 788). Dans ce contexte, le risque de préjudice pour l’autorité du tribunal était suffisamment sérieux et substantiel pour que le juge de première instance soit justifié d’exercer son pouvoir discrétionnaire et de prononcer la culpabilité de l’intimé.

#### E. *La mens rea*

[113] Je n’interviendrai pas à l’égard de la conclusion du juge de première instance selon laquelle l’intimé possédait la *mens rea* nécessaire pour être

the final portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.* The Court of Appeal did not consider this question because of its conclusions on the knowledge and *actus reus* issues.

[114] The trial judge found that it was clear from the specific context of the television interview that the respondent had incited and intended to incite people to breach orders made by the courts. He therefore found that the appellant had discharged his burden of proving the *mens rea* beyond a reasonable doubt, even on the basis of a degree of intent that seems higher than necessary.

[115] In *Daigle v. Corporation municipale de la Paroisse de St-Gabriel de Brandon*, [1991] R.D.J. 249 (C.A.), the Court of Appeal described the *mens rea* required for the application of art. 50 para. 1 *C.C.P.* as follows:

[TRANSLATION] In the specific context of article 50 [*C.C.P.*], the *mens rea*, which is an essential element of the respondent's conduct, may take one of two forms: either the attitude of the debtor of the obligation imposed by the judgment shows a clear intention not to perform the obligation; or the debtor acted on the obligation in a manner which is not only unsatisfactory but also shows gross carelessness as to compliance, if not with the letter of the obligation, at least with the spirit in which it was imposed on him or her. [Emphasis added; p. 253.]

[116] However, that description related to the breach of an order and therefore to the first portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.* In *Carey*, a recent decision on this subject in the context of the common law, this Court held that establishing the elements of civil contempt does not require that the defendant be found to have breached an injunction with intent to disobey the order or to interfere with the administration of justice. All that is required for the plaintiff to establish civil contempt is proof beyond a reasonable doubt of an intentional act — or omission — by the defendant that was in breach of a clear order of which the defendant had notice. As a result, only acts that are spontaneous or accidental will not meet the intent requirement (the Honourable R. J. Sharpe,

reconnu coupable d'outrage au tribunal en vertu de la dernière partie de l'art. 50 al. 1 *C.p.c.* La Cour d'appel n'a pas examiné cette question vu ses conclusions sur la connaissance et l'*actus reus*.

[114] Le juge de première instance a estimé qu'il ressortait manifestement de l'examen du contexte particulier de l'entrevue télévisée que l'intimé incitait et avait l'intention d'inciter les citoyens à contrevenir aux ordonnances prononcées par les tribunaux. Il a donc conclu que l'appelant avait satisfait au fardeau qui lui incombait de prouver la *mens rea* hors de tout doute raisonnable, et ce, suivant un degré d'intention qui semble être plus exigeant que nécessaire.

[115] Dans l'arrêt *Daigle c. Corporation municipale de la Paroisse de St-Gabriel de Brandon*, [1991] R.D.J. 249 (C.A.), la Cour d'appel a décrit comme suit la *mens rea* requise pour l'application de l'art. 50 al. 1 *C.p.c.* :

Dans le contexte particulier de l'article 50 [*C.p.c.*], la *mens rea* qui constitue un élément essentiel du comportement de l'intimé peut se manifester de deux façons : ou bien l'attitude du débiteur de l'obligation reconnue par le jugement démontre une intention évidente de ne pas l'exécuter; ou bien il y a donné suite d'une façon qui, en plus d'être insatisfaisante, révèle de sa part une insouciance grossière à en respecter, sinon la lettre, du moins l'esprit dans lequel elle lui a été imposée. [Je souligne; p. 253.]

[116] Cependant, cette description concerne la violation d'une ordonnance et, de ce fait, la première partie de l'art. 50 al. 1 *C.p.c.* Dans l'arrêt *Carey*, une décision récente sur le sujet en common law, notre Cour a décidé que le droit n'exige pas, pour qu'il soit satisfait aux éléments constitutifs de l'outrage en matière civile, que le défendeur ait violé une injonction avec l'intention d'y désobéir ou d'entraver l'administration de la justice. Au civil, il suffit que le poursuivant prouve hors de tout doute raisonnable que le défendeur a intentionnellement agi — ou omis d'agir — en violation d'une ordonnance claire, dont il avait connaissance. En conséquence, seules des actions spontanées ou accidentelles ne sauraient satisfaire à l'exigence relative à l'intention (l'honorable

*Injunctions and Specific Performance* (loose-leaf ed.), at p. 6-18).

[117] The situation is not as clear for third parties, that is, persons to whom an order does not specifically apply. Sharpe, who is a judge of the Ontario Court of Appeal, states that it is settled law in England and Australia that an intention to interfere with the administration of justice must be proved in the case of a third party to whom the injunction in question does not specifically apply (p. 6-26). This Court commented on but did not decide this point in *Carey* (paras. 45-46). The existing Canadian case law seems to say that an intention to interfere with the administration of justice or to impair the authority or dignity of the court is not an essential element of the offence of civil contempt where an order is breached. See, for example, *B.C.G.E.U.*; and *Droit de la famille*, at para. 30, where Dalphond J.A. adopted the words of Saunders J.A. of the Nova Scotia Court of Appeal in *Godin v. Godin*, 2012 NSCA 54, 317 N.S.R. (2d) 204, at para. 47.

[118] Even in criminal contempt cases, an intention to knowingly depreciate the authority of the court is not required; recklessness as to this consequence is enough. The appellant argues that, as was held in *United Nurses*, it must be proved that “the accused [acted] with . . . knowledge or recklessness” as to the fact that his or her actions or words would “tend to depreciate the authority of the court” (p. 933). This argument is reasonable in view of the twofold character — civil and criminal — of the offence of contempt of court, and of the fact that, by focusing on the public’s interest in protecting the administration of justice, the final portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.* implies that contempt is quasi-criminal in nature (*Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516). Indeed, the concept of *mens rea* as argued in the instant case is similar to the one outlined in *Daigle* without being attached to an intention to breach an order on the part of the defendant him or herself.

[119] Even if the higher *mens rea* requirement for criminal contempt applies in the instant case,

R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (éd. feuilles mobiles), p. 6-18).

[117] Pour ce qui est des tiers, c’est-à-dire les personnes qui ne sont pas visées par une ordonnance, la situation n’est pas aussi claire. Selon le juge Sharpe de la Cour d’appel de l’Ontario, en Angleterre et en Australie, il est établi que la preuve de l’intention d’entraver l’administration de la justice est requise dans le cas des tiers qui ne sont pas visés par l’injonction en question (p. 6-26). Notre Cour a commenté ce point dans *Carey*, mais ne l’a pas tranché (par. 45-46). D’après la jurisprudence canadienne existante, il semble que l’intention d’entraver l’administration de la justice ou de porter atteinte à l’autorité ou à la dignité du tribunal ne constitue pas un élément essentiel de l’infraction d’outrage au tribunal en matière civile dans le cas de la violation d’une ordonnance. Voir, à titre d’exemple, *B.C.G.E.U.*; et *Droit de la famille*, par. 30, où le juge d’appel Dalphond fait siens les propos formulés par le juge Saunders de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse dans l’arrêt *Godin c. Godin*, 2012 NSCA 54, 317 N.S.R. (2d) 204, par. 47.

[118] Même dans les cas d’outrage en matière criminelle, l’intention de miner sciemment l’autorité de la cour n’est pas requise; l’insouciance à l’égard de cette conséquence suffit. L’appellant prétend en effet que, aux termes de l’arrêt *United Nurses*, il doit être prouvé que, par les actes ou paroles qui lui sont reprochés, « l’accusé a [. . .] contribu[é] à miner l’autorité de la cour, en le sachant ou sans s’en soucier » (p. 933). En raison de la dualité — civile et criminelle — de l’infraction d’outrage au tribunal et du fait qu’en visant l’intérêt du public à la sauvegarde de l’administration de la justice, la dernière partie de l’art. 50 al. 1 *C.p.c.*, implique la nature quasi criminelle de l’outrage (*Poje c. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 R.C.S. 516), cette prétention de l’appellant est raisonnable. D’ailleurs, la notion de *mens rea*, telle qu’elle est plaidée en l’espèce, ressemble à celle exposée dans *Daigle*, sans être rattachée à l’intention de violer une ordonnance par le défendeur lui-même.

[119] À supposer que la *mens rea* plus exigeante liée à l’outrage criminel s’applique en l’espèce,

which I will not decide here, the evidence shows beyond a reasonable doubt that the respondent had that *mens rea*.

[120] In *United Nurses*, McLachlin J., writing for the majority, explained that recklessness may be inferred from the public quality of the act giving rise to the alleged contempt:

An open and public defiance of a court order will tend to depreciate the authority of the court. Therefore when it is clear the accused must have known his or her act of defiance will be public, it may be inferred that he or she was at least reckless as to whether the authority of the court would be brought into contempt. [p. 933]

[121] Given the context in which the respondent made his remarks — in a television interview broadcast to a large audience in Quebec — he knew that his act of defiance would be public and, in the words of McLachlin J. in *United Nurses*, it may be inferred that he was at least reckless as to whether the authority of the court would be impaired. The evidence adduced at trial meets the *mens rea* requirements for the offence defined in the final portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.*: the appellant has shown beyond a reasonable doubt that the respondent publicly incited students to breach the terms of court orders, including the Safeguard Order, whose content and scope were known to him and that he was, at best, reckless as to the possibility that his comments would impair the authority of the courts.

#### F. *Freedom of Expression*

[122] Before I turn to the sentence, I believe it will be appropriate to comment briefly on the issue of freedom of expression, which was argued vigorously by the parties and the interveners and to which the Court of Appeal devoted several paragraphs of its decision (paras. 73-76). Given that the right to express opinions in public is protected by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and also, in Quebec, by s. 3 of the *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12, the Court of Appeal stressed that it was important [TRANSLATION] “to be aware of this in assessing what was said in order to reduce the risk of having

sans toutefois décider ce point, la preuve démontre hors de tout doute raisonnable que l’intimé possédait cette *mens rea*.

[120] Dans *United Nurses*, la juge McLachlin, écrivant au nom de la majorité, a expliqué que le caractère public de l’action à l’origine de l’outrage reproché permet d’inférer l’insouciance :

Une transgression patente et publique d’une ordonnance de la cour tendra à miner l’autorité de celle-ci. Par conséquent, lorsqu’il ressort de la preuve que l’accusé devait savoir que sa transgression serait publique, il peut être inféré qu’à tout le moins, il ne se souciait pas de savoir s’il y aurait outrage à l’autorité de la cour. [p. 933]

[121] Vu le contexte dans lequel l’intimé a prononcé ses paroles — à savoir à l’occasion d’une entrevue télévisée largement diffusée au Québec —, il savait que sa transgression serait publique et, conformément à l’arrêt *United Nurses*, il est permis d’inférer qu’à tout le moins il ne se souciait pas de savoir s’il y aurait atteinte à l’autorité de la cour. La preuve présentée en première instance satisfait aux exigences de la *mens rea* de l’infraction prévue à la dernière partie de l’art. 50 al. 1 *C.p.c.* : l’appellant a démontré hors de tout doute raisonnable que l’intimé a publiquement incité les étudiants à violer les conditions des ordonnances judiciaires dont il connaissait la teneur et la portée, y compris l’Ordonnance de sauvegarde, et qu’il était, au mieux, insouciant à l’égard de la possibilité que ses propos portent atteinte à l’autorité des tribunaux.

#### F. *La liberté d’expression*

[122] Avant d’aborder le volet de la peine, je crois opportun de commenter brièvement la question de la liberté d’expression. Les parties et les intervenants l’ont débattue avec vigueur, et la Cour d’appel y a consacré quelques paragraphes de son arrêt (par. 73-76). Puisque le droit d’une personne d’exprimer ses opinions en public est protégé par l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et également, au Québec, par l’art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, la Cour d’appel a souligné l’importance « d’être conscient de cette dimension dans l’évaluation des propos tenus pour pallier le risque de paralyser l’exercice

a chilling effect on the exercise of this fundamental right or indirectly imposing a form of censorship” (para. 76).

[123] The importance of freedom of expression and of the protection of that freedom in a democratic society can never be overstated, and I agree entirely with the concern expressed by the Court of Appeal about the need to protect freedom of expression in all its forms to the fullest extent possible. However, the idea of associating incitement to breach a court order with the legitimate exercise of freedom of expression is disconcerting. The impugned judgment and the remarks that gave rise to it have nothing to do with protecting freedom of expression. One may not use the exercise of one’s freedom of expression as a pretext for inciting people to breach a court order. Other remedies exist for contesting the validity of a court’s decision.

[124] The rule of law underpins our freedoms and is the very foundation of the *Canadian Charter (B.C.G.E.U.)*, the preamble to which states: “. . . Canada is founded upon principles that recognize . . . the rule of law”. Indeed, the rule of law is the reason why our freedoms, including freedom of expression, continue to thrive today. Wood J. explained this eloquently in *Bridges*:

Everything which we have today, and which we cherish in this free and democratic state, we have because of the rule of law. Freedom of religion and freedom of expression exist today because of the rule of law. Your right to hold the beliefs you do, to espouse those beliefs with the fervour which you do, and to attempt to persuade others to your point of view, exists only because of the rule of law. Without the rule of law there is only the rule of might. Without the rule of law the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which some of you sought to invoke, would be nothing but another piece of parchment adrift in the timeless evolution of man’s history. [p. 156]

[125] Therefore, ensuring compliance with orders made by the courts, and thereby maintaining the authority and credibility of the courts, has the

de ce droit fondamental ou d’imposer indirectement une certaine forme de censure » (par. 76).

[123] L’importance de la liberté d’expression et de sa protection dans une société démocratique ne saurait jamais être exagérée, et je souscris entièrement au souci exprimé par la Cour d’appel sur le besoin de protéger le mieux possible la liberté d’expression sous toutes ses formes. Cela dit, l’idée de lier l’incitation à violer une ordonnance d’un tribunal à l’exercice légitime de la liberté d’expression peut surprendre. Le jugement contesté et les propos qui sont à l’origine de celui-ci n’ont rien à voir avec la protection de la liberté d’expression. On ne peut, sous prétexte d’exercer sa liberté d’expression, inciter des citoyens à violer une ordonnance de la cour. D’autres remèdes existent pour contester le bien-fondé des décisions d’une cour de justice.

[124] La primauté du droit est à la base de nos libertés et constitue le fondement même de la *Charte canadienne (B.C.G.E.U.)*, ainsi que le précise le préambule de cette dernière : « . . . le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent [. . .] la primauté du droit ». D’ailleurs, si nos libertés, dont la liberté d’expression, continuent de s’épanouir aujourd’hui, c’est grâce à la primauté du droit. Comme l’explique de manière éloquente le juge Wood, dans *Bridges* :

[TRADUCTION] Tout ce que nous avons aujourd’hui, et que nous chérissons dans ce pays libre et démocratique, nous l’avons grâce à la primauté du droit. C’est aussi grâce à elle que nous jouissons aujourd’hui de la liberté de religion et de la liberté d’expression. Votre droit d’avoir les croyances qui sont les vôtres et de les épouser avec la ferveur que vous souhaitez ainsi que celui de tenter de persuader les autres de votre point de vue existent uniquement grâce à la primauté du droit. Sans cette dernière, n’existerait que la loi du plus fort, et la *Charte canadienne des droits et libertés*, que certains d’entre vous ont invoquée, ne serait rien de plus qu’un autre morceau de parchemin à la dérive sur la route intemporelle de l’histoire de l’humanité. [p. 156]

[125] En conséquence, le fait d’assurer le respect des ordonnances prononcées par les tribunaux et, ainsi, de maintenir l’autorité et la crédibilité de

effect of reinforcing the rule of law and, by extension, our fundamental freedoms, including freedom of expression:

Over the centuries our laws have been built up to give the greatest protection to all classes of our society and only through the medium of the freedom and independence of the courts are these privileges protected. Once our laws are flouted and orders of our courts treated with contempt the whole fabric of our freedom is destroyed. We can then only revert to conditions of the dark ages when the only law recognized was that of might. One law broken and the breach thereof ignored is but an invitation to ignore further laws and this, if continued, can only result in the breakdown of the freedom under the law which we so greatly prize.

(*Canadian Transport Co. v. Alsbury* (1952), 6 W.W.R. (N.S.) 473 (B.C.S.C.), at p. 478, aff'd [1953] 1 D.L.R. 385 (B.C.C.A.), aff'd in *Poje*.)

[126] In the trial judge's view, the respondent, by inciting others to disobey court orders, was in reality promoting anarchy and encouraging civil disobedience (para. 95). In light of the principles set out above, he was therefore interfering with the very freedoms he was claiming to exercise, since he was undermining the courts' ability to enforce them.

#### G. Sentence

[127] The respondent offers two arguments in support of his appeal from the sentence that was imposed on him. First, he submits that at the last sentencing hearing, the trial judge took into consideration a video that had previously been found inadmissible because it had been made on April 7, 2012, that is, before the Safeguard Order was made on May 2, 2012. The respondent requests that this evidence not be taken into account. Second, he argues that the enactment of *Law 12* at about the same time should be considered to be a mitigating factor, given that at the time of his sentencing, it was no longer necessary to deter potential offenders. He submits that in this context, the sentence the

ceux-ci, a pour effet d'appuyer le principe de la primauté du droit et, par ricochet, nos libertés fondamentales, dont la liberté d'expression :

[TRADUCTION] Au cours des siècles, nos régimes législatifs ont été conçus pour offrir une protection optimale à toutes les classes sociales et ce n'est que grâce à la liberté et à l'indépendance des tribunaux que ces privilèges sont protégés. Dès lors qu'on fait fi de nos lois et que nos tribunaux sont traités avec mépris, tout le tissu de nos libertés s'effile. Ne reste alors que le recours aux méthodes du Moyen Âge lorsque la seule règle de droit reconnue était la loi du plus fort. Qu'une loi soit violée et que cette violation soit ignorée ne constitue qu'une incitation à en bafouer d'autres et, de fils en aiguille, ne peut qu'entraîner la disparition de la liberté que garantit notre droit et que nous chérissons.

(*Canadian Transport Co. c. Alsbury* (1952), 6 W.W.R. (N.S.) 473 (C.S. C.-B.), p. 478, conf. par [1953] 1 D.L.R. 385 (C.A. C.-B.), conf. par l'arrêt *Poje*.)

[126] Selon le juge de première instance, en incitant à désobéir aux ordonnances rendues par les tribunaux, l'intimé prônait dans les faits l'anarchie et encourageait à la désobéissance civile (par. 95). À la lumière des enseignements susmentionnés, il nuisait donc aux libertés mêmes qu'il prétendait exercer, puisqu'il s'attaquait à la capacité des tribunaux de les faire respecter.

#### G. La peine

[127] L'intimé avance deux arguments au soutien de son appel sur la peine qui lui a été infligée. Premièrement, il prétend que, durant la dernière audience portant sur la peine, le juge de première instance a considéré une vidéo qui avait préalablement été déclarée inadmissible, étant donné qu'elle avait été tournée le 7 avril 2012, avant l'Ordonnance de sauvegarde rendue le 2 mai 2012. L'intimé demande que cet élément ne soit pas pris en compte. Deuxièmement, il plaide que l'adoption au même moment de la *Loi 12* soit considérée comme un facteur atténuant, puisqu'au moment de l'infliction de la peine, il n'était plus nécessaire de dissuader les délinquants potentiels. En raison de ce contexte,

trial judge imposed on him was unreasonable and greatly disproportionate. In my view, he is wrong.

[128] With regard to the video, the trial judge correctly pointed out that the rules dealing with the admissibility of evidence are relaxed at the sentencing stage (*R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, at p. 414). In addition, I believe that a careful reading of the trial judge's reasons shows that the video did not lead him to impose an unreasonable sentence.

[129] I will now turn to the respondent's second argument. Under s. 32 para. 1 of *Law 12*, the orders issued to guarantee the delivery of instructional services to students having a right to such services ceased to apply on May 18, 2012. However, at the time the respondent made the remarks that constituted contempt — that is, on May 13, 2012 — those orders, including the one concerning the appellant, were still in effect. Moreover, s. 32 para. 2 of *Law 12* provides that proceedings for contempt of court in relation to contraventions of orders issued before May 18, 2012 could be instituted or continued after that date. The trial judge was aware of this (sentencing decision, at paras. 42-44).

[130] The respondent submits that one of the reasons for imposing a sentence for contempt is to ensure that orders made by the courts will be obeyed. He therefore asserts that the sentence of 120 hours of community service was unreasonable, because at the time it was imposed, the need to prevent orders from being contravened no longer existed as a result of *Law 12*. This argument disregards another objective of sentencing for contempt of court, namely that of denouncing breaches of court orders and conduct that interferes with the orderly administration of justice or impairs the authority or dignity of the court (*Westfair Foods Ltd. v. Naherny* (1990), 63 Man. R. (2d) 238 (C.A.)).

il affirme que la peine qui lui a été imposée par le juge de première instance était déraisonnable et largement disproportionnée. À mon avis, il a tort.

[128] En ce qui concerne l'argument portant sur la vidéo, le juge de première instance a correctement souligné qu'il y a un assouplissement des règles relatives à l'admissibilité de la preuve à l'étape de la détermination de la peine (*R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, p. 414). De plus, je suis d'avis qu'une lecture attentive des motifs du juge démontre que la vidéo ne l'a pas amené à infliger une peine déraisonnable.

[129] J'aborde maintenant le deuxième argument de l'intimé. L'article 32 al. 1 de la *Loi 12* précise que les ordonnances visant à garantir aux étudiants les services d'enseignement auxquels ils ont droit cessaient de s'appliquer à partir du 18 mai 2012. Cependant, au moment où l'intimé a prononcé les paroles constituant l'outrage — le 13 mai 2012 — ces ordonnances, dont celle concernant l'appelant, étaient toujours en force. De plus, l'art. 32 al. 2 de la *Loi 12* prescrit que les demandes de condamnation pour outrage au tribunal liées aux contraventions des ordonnances rendues avant le 18 mai 2012 peuvent être introduites ou continuées après le 18 mai 2012. Le juge de première instance en était conscient (jugement sur la peine, par. 42-44).

[130] L'intimé soutient que les raisons qui appuient l'infliction d'une peine pour outrage incluent l'assurance que les ordonnances prononcées par les tribunaux seront respectées. Il affirme donc que la peine de 120 heures de travaux communautaires était déraisonnable, parce qu'au moment où elle a été imposée, la nécessité d'empêcher la violation des ordonnances n'existait plus en vertu de la *Loi 12*. Cet argument fait abstraction d'un autre objectif de l'infliction d'une peine en cas d'outrage au tribunal, soit celui de dénoncer la violation des ordonnances des tribunaux et les comportements qui entravent le cours normal de l'administration de la justice ou qui portent atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal (*Westfair Foods Ltd. c. Naherny* (1990), 63 Man. R. (2d) 238 (C.A.)).

[131] Finally, as to the proportionality of the sentence, it must be emphasized that, as in the case of criminal offences, the sentence that is imposed following a conviction for contempt is within the trial judge's discretion (*R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, at para. 39). An appellate court will not intervene unless it is shown that the sentencing judge erred in law or exercised that discretion improperly, or that the sentence is based on grounds that are not supported by law. The trial judge's reasons do not fit into any of these categories. The sentence he imposed is not disproportionate. A sentence of 120 hours of community service is not an unreasonable departure from the penalties imposed in similar cases in which the contempt was public in nature (see, for example, *Charbonneau; Agence nationale d'encadrement du secteur financier v. Coopérative de producteurs de bois précieux Québec Forestales*, 2005 CanLII 11614 (Que. Sup. Ct.); *Westfair Foods*; and *Peter Kiewit Sons Co. v. Perry*, 2007 BCSC 305). Any person who is guilty of contempt of court under art. 50 *C.C.P.* is liable to a fine not exceeding \$5,000 or to imprisonment for a period not exceeding one year (art. 51 para. 1 *C.C.P.*), and the appellant suggested a 30-day prison sentence. After considering all the relevant criteria and the mitigating and aggravating factors, the trial judge found that a sentence of 120 hours of community service adequately served the purposes of justice.

[132] Compliance with court orders and respect for the rule of law ensure the preservation of democracy. In the words of the trial judge, the respondent [TRANSLATION] “broke a fundamental rule of our society based on the rule of law” (sentencing decision, at para. 65). I therefore do not find that the sentence imposed in this case is excessive.

#### IV. Conclusion

[133] For these reasons, I would allow the appeal, restore the respondent's conviction and set aside the Court of Appeal's declaration that the Superior Court's sentencing decision is of no effect.

[131] Finalement, sur la proportionnalité de la peine, il convient de souligner que, comme en matière d'infractions criminelles, la peine imposée à la suite d'une condamnation pour outrage relève de la discrétion du juge de première instance (*R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, par. 39). Les cours d'appel n'interviendront pas, sauf s'il est démontré qu'il y a eu erreur de droit ou un abus de ce pouvoir discrétionnaire, ou encore que la peine s'appuie sur des motifs non juridiques. Les motifs du juge de première instance n'entrent dans aucune de ces catégories. La peine qui a été infligée n'est pas disproportionnée. Une peine de 120 heures de travaux communautaires ne s'écarte pas de manière déraisonnable des sanctions imposées en semblable matière, où l'outrage avait une connotation publique (voir, à titre d'exemple, *Charbonneau; Agence nationale d'encadrement du secteur financier c. Coopérative de producteurs de bois précieux Québec Forestales*, 2005 CanLII 11614 (C.S. Qc); *Westfair Foods*; et *Peter Kiewit Sons Co. c. Perry*, 2007 BCSC 305). Une personne qui se rend coupable d'outrage au tribunal en vertu de l'art. 50 *C.p.c.* est passible d'une amende n'excédant pas 5 000 \$ ou d'un emprisonnement pour une période d'au plus un an (art. 51 al. 1 *C.p.c.*), et l'appelant a suggéré l'infliction d'une peine de prison de 30 jours. Après avoir considéré les différents critères pertinents, ainsi que les facteurs atténuants et aggravants, le juge de première instance a conclu qu'une peine de 120 heures de travaux communautaires répondait adéquatement aux besoins de la justice.

[132] Le respect des ordonnances des tribunaux et de la primauté du droit assure la pérennité de la démocratie. Selon le juge de première instance, l'intimé « a outrepassé une règle fondamentale de notre société fondée sur l'état de droit » (jugement sur la peine, par. 65). En conséquence, je suis d'avis que la peine infligée en l'espèce n'est pas excessive.

#### IV. Conclusion

[133] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel, je rétablirais la déclaration de culpabilité prononcée contre l'intimé et j'infirmes la déclaration de la Cour d'appel selon laquelle le jugement de la Cour supérieure sur la peine est sans effet.

*Appeal dismissed with costs, WAGNER, CÔTÉ and BROWN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Thibault, Roy, Avocats, Québec; Norton Rose Fulbright Canada, Québec.*

*Solicitors for the respondent: Melançon Marceau Grenier et Sciortino, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Grey, Casgrain, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Alberta Public Interest Research Group: Bennett Jones, Toronto; Nanda & Company, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener Amnistie internationale, Section Canada francophone: Power Law, Ottawa.*

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges WAGNER, CÔTÉ et BROWN sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant : Thibault, Roy, Avocats, Québec; Norton Rose Fulbright Canada, Québec.*

*Procureurs de l'intimé : Melançon Marceau Grenier et Sciortino, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Grey, Casgrain, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant Alberta Public Interest Research Group : Bennett Jones, Toronto; Nanda & Company, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante Amnistie internationale, Section Canada francophone : Juristes Power, Ottawa.*

**Urban Communications Inc.** *Appellant*

*v.*

**BCNET Networking Society** *Respondent*

**INDEXED AS: URBAN COMMUNICATIONS INC. *v.*  
BCNET NETWORKING SOCIETY**

**2016 SCC 45**

File No.: 36639.

2016: November 1.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Arbitration — Appeals — Commercial arbitration awards — Parties entering into agreement containing option to renew — Parties disagreeing as to whether option to renew validly exercised and entering into arbitration — Arbitrator ruling that option validly exercised by letter — Chambers judge granting leave to appeal pursuant to s. 31 of Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, allowing appeal and amending arbitrator’s award — Court of Appeal reversing grant of leave and reinstating award — Court of Appeal finding that no pure question of law arises from arbitrator’s interpretation of agreement and letter and that threshold requirement for granting leave to appeal under s. 31 therefore not met.*

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Smith, Bennett and Willcock J.J.A.), 2015 BCCA 297, 376 B.C.A.C. 15, 646 W.A.C. 15, 386 D.L.R. (4th) 284, 45 B.L.R. (5th) 175, 80 B.C.L.R. (5th) 154, [2016] 2 W.W.R. 298, [2015] B.C.J. No. 1363 (QL), 2015 CarswellBC 1785 (WL Can.), setting aside the decisions of Cohen J., 2014 BCSC 485, [2014] B.C.J. No. 522 (QL), 2014 CarswellBC 789 (WL Can.), and 2014 BCSC 1045, [2014] B.C.J. No. 1171 (QL), 2014 CarswellBC 1659

**Urban Communications Inc.** *Appelante*

*c.*

**BCNET Networking Society** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : URBAN COMMUNICATIONS INC. *c.*  
BCNET NETWORKING SOCIETY**

**2016 CSC 45**

N° du greffe : 36639.

2016 : 1<sup>er</sup> novembre.

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

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

*Arbitrage — Appels — Sentences arbitrales commerciales — Conclusion par les parties d’un accord comportant une option de renouvellement — Désaccord entre les parties sur la question de savoir si l’option a été validement exercée et recours par celles-ci à l’arbitrage — Décision de l’arbitre concluant que l’option a été validement exercée par voie de lettre — Décision du juge en chambre octroyant l’autorisation d’appeler en vertu de l’art. 31 de la loi intitulée Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, faisant droit à l’appel et modifiant la sentence de l’arbitre — Arrêt de la Cour d’appel infirmant l’octroi de l’autorisation d’appeler et rétablissant la sentence arbitrale — Conclusion de la Cour d’appel portant que l’interprétation par l’arbitre de l’accord et de la lettre ne soulève pas de pure question de droit et qu’en conséquence la condition préalable à l’octroi de l’autorisation d’appeler prévue par l’art. 31 n’est pas respectée.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Smith, Bennett et Willcock), 2015 BCCA 297, 376 B.C.A.C. 15, 646 W.A.C. 15, 386 D.L.R. (4th) 284, 45 B.L.R. (5th) 175, 80 B.C.L.R. (5th) 154, [2016] 2 W.W.R. 298, [2015] B.C.J. No. 1363 (QL), 2015 CarswellBC 1785 (WL Can.), qui a annulé les décisions du juge Cohen, 2014 BCSC 485, [2014] B.C.J. No. 522 (QL), 2014 CarswellBC 789 (WL Can.), et 2014 BCSC 1045, [2014] B.C.J. No. 1171

(WL Can.), and reinstating the arbitrator's award. Appeal dismissed.

*Murray L. Smith and Jeffrey W. Beedell, for the appellant.*

*David P. Church, Q.C., Andrew J. Pearson and Ian G. Schildt, for the respondent.*

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — We are all of the view that the appeal should be dismissed substantially for the reasons of the Court of Appeal of British Columbia.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Smith Barristers, Vancouver; Gowling WLG (Canada), Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Church & Company, Vancouver.*

(QL), 2014 CarswellBC 1659 (WL Can.), et a rétabli la sentence de l'arbitre. Pourvoi rejeté.

*Murray L. Smith et Jeffrey W. Beedell, pour l'appelante.*

*David P. Church, c.r., Andrew J. Pearson et Ian G. Schildt, pour l'intimée.*

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Nous sommes tous d'avis de rejeter l'appel, essentiellement pour les motifs exposés par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelante : Smith Barristers, Vancouver; Gowling WLG (Canada), Ottawa.*

*Procureurs de l'intimée : Church & Company, Vancouver.*

**Scott Diamond** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of  
Newfoundland and Labrador and  
Her Majesty The Queen in Right of  
Canada** *Respondents*

INDEXED AS: R. v. DIAMOND

2016 SCC 46

File No.: 36816.

2016: October 12; 2016: November 3.

Present: Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and  
Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

*Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Arbitrary detention — Remedy — Exclusion of evidence — Police officer noticing knife in accused's truck when conducting visual inspection during traffic stop — Accused arrested for possession of weapon dangerous to public peace and search incidental to arrest revealing cocaine — Majority of Court of Appeal finding that visual inspection by officer did not constitute search, that seizure of knife justified since in plain view and easily accessible to accused, that officer had reasonable and probable grounds to arrest accused and that seizure of cocaine justifiable incidental to arrest — Accused's convictions upheld.*

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Welsh, Harrington and White JJ.A.), 2015 NLCA 60, 371 Nfld. & P.E.I.R. 200, 1156 A.P.R. 200, 333 C.C.C. (3d) 61, 25 C.R. (7th) 292, 347 C.R.R. (2d) 43, [2015] N.J. No. 443 (QL), 2015 CarswellNfld 518 (WL Can.), affirming the accused's convictions for unlawful possession of a weapon dangerous to the public peace and for possession of cocaine for the

**Scott Diamond** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef de  
Terre-Neuve-et-Labrador et  
Sa Majesté la Reine du chef du  
Canada** *Intimées*

RÉPERTORIÉ : R. c. DIAMOND

2016 CSC 46

N° du greffe : 36816.

2016 : 12 octobre; 2016 : 3 novembre.

Présents : Les juges Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-  
NEUVE-ET-LABRADOR

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Détention arbitraire — Réparation — Exclusion de la preuve — Constatation par un policier de la présence d'un couteau dans le camion de l'accusé lors d'une inspection visuelle menée durant un contrôle routier — Arrestation de l'accusé pour possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique et présence de cocaïne décelée par suite d'une fouille accessoire à l'arrestation — Conclusions des juges majoritaires de la Cour d'appel portant que l'inspection visuelle menée par le policier ne constituait pas une fouille, que la saisie du couteau était justifiée parce que l'objet était bien en vue et facilement récupérable par l'accusé, que le policier possédait des motifs raisonnables pour arrêter ce dernier et que la saisie de la cocaïne était justifiable en tant que mesure accessoire à l'arrestation — Confirmation des déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (les juges Welsh, Harrington et White), 2015 NLCA 60, 371 Nfld. & P.E.I.R. 200, 1156 A.P.R. 200, 333 C.C.C. (3d) 61, 25 C.R. (7th) 292, 347 C.R.R. (2d) 43, [2015] N.J. No. 443 (QL), 2015 CarswellNfld 518 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité pour possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique et pour possession de cocaïne en vue

purpose of trafficking entered by Hyslop J. Appeal dismissed, Gascon and Côté JJ. dissenting.

*Jason Edwards*, for the appellant.

*Lloyd M. Strickland*, for the respondent Her Majesty The Queen in Right of Newfoundland and Labrador.

*Paul Adams* and *Robin Fowler*, for the respondent Her Majesty The Queen in Right of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

[1] KARAKATSANIS J. — The majority of the Court is of the view that the appeal should be dismissed, substantially for the reasons of Harrington J.A., 2015 NLCA 60, 371 Nfld. & P.E.I.R. 200, at paras. 22-26. Gascon and Côté JJ., dissenting, would have allowed the appeal, substantially for the reasons of White J.A., at paras. 44-48.

[2] The appeal is accordingly dismissed.

*Appeal dismissed, GASCON and CÔTÉ JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission, St. John's.*

*Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen in Right of Newfoundland and Labrador: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.*

*Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen in Right of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Halifax.*

d'en faire le trafic prononcées contre l'accusé par le juge Hyslop. Pourvoi rejeté, les juges Gascon et Côté sont dissidents.

*Jason Edwards*, pour l'appellant.

*Lloyd M. Strickland*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de Terre-Neuve-et-Labrador.

*Paul Adams* et *Robin Fowler*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Les juges majoritaires de la Cour sont d'avis de rejeter l'appel essentiellement pour les motifs énoncés par le juge Harrington de la Cour d'appel, 2015 NLCA 60, 371 Nfld. & P.E.I.R. 200, par. 22-26. Les juges Gascon et Côté sont dissidents et sont d'avis d'accueillir l'appel essentiellement pour les motifs énoncés par le juge White, aux par. 44-48.

[2] L'appel est donc rejeté.

*Pourvoi rejeté, les juges GASCON et CÔTÉ sont dissidents.*

*Procureur de l'appellant : Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission, St. John's.*

*Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.*

*Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Halifax.*

ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0J1

*En cas de non-livraison, retourner à :*  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0J1

---

Available from:  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scc-csc.ca



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

**Recueil des arrêts  
de la Cour suprême  
du Canada**

---

**Part 2, 2016 Vol. 2**

**2<sup>e</sup> cahier, 2016 Vol. 2**

Cited as [2016] 2 S.C.R. 293-615

Renvoi [2016] 2 R.C.S. 293-615

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.  
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjoint  
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef  
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

CLAIRE ZOË BIDER-HALL	Legal Counsel / Conseillers juridiques ANDRÉ GOLDENBERG	JACQUELINE STENCEL
JANICE CHENEY	LEE ANN GORMAN	LESLI TAKAHASHI
HARLEY D'AOÛT	KAREN LEVASSEUR	CAMERON TAYLOR
VALERIE DESJARLAIS	STÉPHANIE MORIN	RENÉE THÉRIALULT
ANNE DES ORMEAUX	JOANNE NORMAN	RENÉE MARIA TREMBLAY
GENEVIÈVE DOMEY	IDA SMITH	ANNA TURINOV

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

DAVID AUBRY	Jurilinguists / Jurilinguistes MARIE-CHRISTIANE BOUCHER	MARIE RODRIGUE
STEPHEN BALOGH	JULIE BOULANGER	CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition  
PETER O'DOHERTY

SUZANNE AUDET	Technical Revisors / Réviseurs techniques LAUREN KOSHURBA	NANCY MCCAUGHAN
MONIQUE DELORME		LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

Manager, Operational Support Services / Gestionnaire, Services d'appui aux opérations  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoints administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

*Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Library, Supreme Court of Canada, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0J1 together with the old address.*

*Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse à Bibliothèque, Cour suprême du Canada, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0J1, en indiquant l'ancienne adresse.*



## CONTENTS

### **Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd. .... 293**

Municipal law — Taxation — Property assessments — Assessment Review Board for City of Edmonton — Taxpayer filing complaint disputing municipal property assessment amount — Board increasing property assessment as requested in City's response to complaint — Lower courts agreeing with taxpayer that Board cannot increase property assessment — Whether Board had power to increase assessment — Municipal Government Act, R.S.A. 2000, c. M-26, s. 467.

Administrative law — Appeals — Standard of review — Boards and tribunals — Assessment Review Board for City of Edmonton — Taxpayer filing complaint disputing municipal property assessment amount — Board increasing property assessment as requested in City's response to complaint — Standard of review applicable to Board's decision to increase taxpayer's property assessment — Whether Board's decision reasonable — Municipal Government Act, R.S.A. 2000, c. M-26, s. 470.

### **Benhaim v. St-Germain ..... 352**

Civil liability — Medical malpractice — Negligence — Causation — Evidence — Presumption of fact — Physicians negligently delaying patient's cancer diagnosis — Patient dying of lung cancer — Physicians' negligence undermining plaintiff's ability to prove causation — Trial judge refusing to apply presumption of fact in favour of causation and finding causation not established — Whether trial judge required to draw adverse inference of causation or apply presumption of fact where defendant's negligence undermines plaintiff's ability to prove causation and where at least some evidence of causation adduced — Whether Court of Appeal justified in reversing trial judge's decision on basis of error of law — Whether trial judge committed palpable and overriding error in appreciation of facts — Civil Code of Québec, art. 2849.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

### **Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd. .... 293**

Droit municipal — Fiscalité — Évaluation foncière — Comité de révision des évaluations de la Ville d'Edmonton — Dépôt par un contribuable d'une plainte visant à contester le montant d'une évaluation foncière municipale — Augmentation de l'évaluation foncière par le Comité conformément à ce qui a été demandé par la Ville dans sa réponse à la plainte — Les cours d'instance inférieure convenant avec le contribuable que le Comité ne peut augmenter l'évaluation foncière — Le Comité avait-il le pouvoir d'augmenter l'évaluation? — Municipal Government Act, R.S.A. 2000, c. M-26, art. 467.

Droit administratif — Appels — Norme de contrôle — Organismes et tribunaux administratifs — Comité de révision des évaluations de la Ville d'Edmonton — Dépôt par un contribuable d'une plainte visant à contester le montant d'une évaluation foncière municipale — Augmentation de l'évaluation foncière par le Comité conformément à ce qui a été demandé par la Ville dans sa réponse à la plainte — Norme de contrôle applicable à la décision du Comité d'augmenter l'évaluation foncière du contribuable — La décision du Comité était-elle raisonnable? — Municipal Government Act, R.S.A. 2000, c. M-26, art. 470.

### **Benhaim c. St-Germain ..... 352**

Responsabilité civile — Faute médicale — Négligence — Causalité — Preuve — Présomption de fait — Diagnostic de cancer chez le patient retardé en raison de la négligence des médecins — Décès du patient atteint de cancer du poumon — Possibilité pour la demanderesse de prouver l'existence du lien de causalité minée par la négligence des médecins — Refus par la juge de première instance d'admettre une présomption de fait en faveur de la causalité et conclusion selon laquelle le lien de causalité n'a pas été établi — Le juge des faits est-il tenu de tirer une inférence de causalité défavorable ou d'admettre la présomption de fait lorsque la négligence du défendeur compromet la possibilité pour le demandeur d'établir le lien de causalité, et lorsqu'au moins certains éléments de preuve du lien de causalité ont été produits? — La Cour d'appel a-t-elle infirmé à bon droit la décision de la juge de première instance au motif qu'elle était entachée d'une erreur de droit? — La juge de première instance a-t-elle commis une erreur manifeste et dominante dans son appréciation des faits? — Code civil du Québec, art. 2849.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **British Columbia Teachers' Federation v. British Columbia ..... 407**

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Right to collective bargaining — Province adopting legislation nullifying certain terms of public school teachers' collective agreement and preventing similar terms from being renegotiated or included in collective agreement until specific date — Prior to adoption of legislation, teachers consulted by province and collective bargaining taking place but no agreement reached — Teachers challenging constitutionality of legislation — Trial judge declaring legislation unconstitutional for infringing teachers' freedom of association and finding that province failed to consult in good faith — Majority of Court of Appeal allowing appeal, holding that legislation constitutional since consultations and collective bargaining leading up to legislation afforded teachers meaningful process in which to advance their collective aspirations, and that province consulted in good faith — Dissenting judge concluding that trial judge's finding that legislation unconstitutional must be upheld, that trial judge made no appealable error in finding that province did not consult in good faith, and that infringement of freedom of association not justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d) — Education Improvement Act, S.B.C. 2012, c. 3.

### **Royal Bank of Canada v. Trang ..... 412**

Privacy — Disclosure of personal information — Disclosure without knowledge or consent — Exceptions — Compliance with court order — Implied consent — Judgment creditor sought to enforce judgment obtained against debtors by selling their home — Sheriff refused to sell house without mortgagee discharge statement from mortgagee — Mortgagee refused to produce discharge statement on ground that Personal Information Protection and Electronic Documents Act precluded disclosure — Whether Act precludes mortgagee from disclosing mortgage discharge statement to judgment creditor without mortgagor/debtor's consent — Whether order sought by judgment creditor constitutes "order made by a court" pursuant to s. 7(3)(c) of Act — Whether debtors impliedly consented to disclosure

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **British Columbia Teachers' Federation c. Colombie-Britannique ..... 407**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Droit de négocier collectivement — Adoption par la province de dispositions législatives annulant certaines modalités de la convention collective des enseignants des écoles publiques et empêchant jusqu'à une date précise la renégociation de modalités similaires ou l'intégration de telles modalités dans la convention collective — Consultations des enseignants menées par la province et tenue de négociations collectives avant l'adoption des dispositions législatives sans qu'une entente intervienne — Contestation par les enseignants de la constitutionnalité des dispositions législatives — Décision de la juge du procès déclarant les dispositions législatives inconstitutionnelles parce qu'attentatoires à la liberté d'association des enseignants et concluant à l'absence de consultations de bonne foi par la province — Décision des juges majoritaires de la Cour d'appel accueillant l'appel et concluant d'une part à la constitutionnalité des dispositions législatives au motif que les consultations et négociations collectives ayant précédé l'adoption des mesures législatives ont constitué pour les enseignants un processus véritable leur permettant de faire valoir leurs aspirations collectives, et d'autre part à la tenue de consultations de bonne foi par la province — Décision du juge dissident portant que la conclusion de la juge du procès selon laquelle les dispositions législatives sont inconstitutionnelles doit être confirmée, que la conclusion de cette dernière selon laquelle la province n'a pas consulté de bonne foi les intéressés n'est entachée d'aucune erreur susceptible d'appel et que l'atteinte au droit d'association n'est pas justifiable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d) — Education Improvement Act, S.B.C. 2012, c. 3.

### **Banque Royale du Canada c. Trang ..... 412**

Protection des renseignements personnels — Communication de renseignements personnels — Communication à l'insu de l'intéressé ou sans son consentement — Exceptions — Respect d'une ordonnance judiciaire — Consentement implicite — Demande du créancier d'un jugement de faire exécuter le jugement obtenu contre les débiteurs en vendant leur maison — Refus du shérif de vendre la maison sans l'état de mainlevée de l'hypothèque du créancier hypothécaire — Refus du créancier hypothécaire de produire l'état de mainlevée de l'hypothèque pour le motif que la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques interdit la communication — La Loi interdit-elle au créancier hypothécaire de communiquer l'état de mainlevée de l'hypothèque au créancier

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

of mortgage discharge statement — Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5, s. 7(3)(c), Sch. 1, cl. 4.3.6.

### **Mennillo v. Intramodal Inc. .... 438**

Commercial law — Corporations — Oppression — Reasonable expectations of shareholder — Shareholder resigning as officer and director of corporation — Whether resignation extended to shareholder status and shares transferred accordingly — Whether evidence supported reasonable expectation asserted by shareholder of being treated as such and, if so, whether reasonable expectation was violated — Whether shareholder unlawfully deprived of shareholder status as a result of corporation's conduct — Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 241.

### **Lizotte v. Aviva Insurance Company of Canada ..... 521**

Law of professions — Ethics — Powers of investigation of syndic — Production of documents — Litigation privilege — Inquiry by syndic of Chambre de l'assurance de dommages into conduct of claims adjuster — Whether statutory provision creating obligation to produce "any . . . document" at request of syndic can be interpreted as abrogating litigation privilege — Act respecting the distribution of financial products and services, CQLR, c. D-9.2, s. 337.

### **Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. University of Calgary ..... 555**

Privacy — Investigation of complaints — Powers of Information and Privacy Commissioner — Production of documents — Solicitor-client privilege — Dismissed employee filing complaint with Commissioner and seeking access to her personal employment information — Employer claiming solicitor-client privilege over some documents — Whether statutory provision which requires public body to produce records to Commissioner "[d]espite . . . any privilege of the law of evidence" allows Commissioner to review documents over which solicitor-client privilege is claimed — If so, whether Commissioner made reviewable error by ordering production of documents — Freedom of

## SOMMAIRE (Suite)

d'un jugement sans le consentement du débiteur hypothécaire ou du débiteur? — L'ordonnance sollicitée par le créancier d'un jugement constitue-t-elle une « ordonnance d'un tribunal » au sens de l'art. 7(3)c) de la Loi? — Les débiteurs ont-ils implicitement consenti à la communication de l'état de mainlevée d'hypothèque? — Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, c. 5, art. 7(3)c), ann. 1, art. 4.3.6.

### **Mennillo c. Intramodal inc. .... 438**

Droit commercial — Sociétés par actions — Abus — Attentes raisonnables de l'actionnaire — Démission d'un actionnaire à titre de dirigeant et d'administrateur d'une société — La démission valait-elle également pour la qualité d'actionnaire et, dans l'affirmative, les actions ont-elles de ce fait été transférées? — La preuve étaye-t-elle l'allégation selon laquelle l'actionnaire s'attendait raisonnablement à être traité comme tel et, dans l'affirmative, cette attente raisonnable a-t-elle été frustrée? — Le comportement de la société a-t-il eu pour effet de dépouiller illégalement l'actionnaire de sa qualité d'actionnaire? — Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, c. C-44, art. 241.

### **Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada ..... 521**

Droit des professions — Déontologie — Pouvoirs d'enquête du syndic — Production de documents — Privilège relatif au litige — Enquête du syndic de la Chambre de l'assurance de dommages sur la conduite d'un expert en sinistre — Une disposition législative prévoyant l'obligation de fournir « tout document » à la demande du syndic peut-elle être interprétée comme écartant le privilège relatif au litige? — Loi sur la distribution de produits et services financiers, RLRQ, c. D-9.2, art. 337.

### **Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary ..... 555**

Protection des renseignements personnels — Examen des plaintes — Pouvoirs du commissaire à l'information et à la protection de la vie privée — Production de documents — Secret professionnel de l'avocat — Commissaire saisie de la plainte d'une employée congédiée et de sa demande d'accès à ses données personnelles d'emploi — Secret professionnel de l'avocat invoqué par l'employeur à l'égard de certains documents — La disposition législative qui oblige un organisme public à produire des documents à l'intention du commissaire « [m]algré [ . . . ] tout privilège que reconnaît le droit de la preuve » permet-elle à ce dernier d'examiner les documents à l'égard desquels

*Continued on next page*

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Information and Protection of Privacy Act, R.S.A. 2000, c. F-25, s. 56(3).

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Information and Privacy Commissioner — Standard of review applicable to Commissioner's decision to compel production of records over which solicitor-client privilege is asserted — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.A. 2000, c. F-25, s. 56(3).

## SOMMAIRE (Fin)

est invoqué le secret professionnel de l'avocat? — Dans l'affirmative, la Commissaire a-t-elle commis une erreur susceptible de contrôle en ordonnant la production de documents? — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.A. 2000, c. F-25, art. 56(3).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée — Norme de contrôle applicable à la décision de la Commissaire d'ordonner la production de documents à l'égard desquels est invoqué le secret professionnel de l'avocat — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.A. 2000, c. F-25, art. 56(3).

**City of Edmonton** *Appellant*

v.

**Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Limited (as represented by AEC International Inc.)** *Respondent*

and

**Attorney General of British Columbia, Assessment Review Board for the City of Edmonton and British Columbia Assessment Authority** *Intervenors*

**INDEXED AS: EDMONTON (CITY) v. EDMONTON EAST (CAPILANO) SHOPPING CENTRES LTD.**

**2016 SCC 47**

File No.: 36403.

2016: March 23; 2016: November 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Municipal law — Taxation — Property assessments — Assessment Review Board for City of Edmonton — Taxpayer filing complaint disputing municipal property assessment amount — Board increasing property assessment as requested in City’s response to complaint — Lower courts agreeing with taxpayer that Board cannot increase property assessment — Whether Board had power to increase assessment — Municipal Government Act, R.S.A. 2000, c. M-26, s. 467.*

*Administrative law — Appeals — Standard of review — Boards and tribunals — Assessment Review Board for City of Edmonton — Taxpayer filing complaint disputing municipal property assessment amount — Board increasing property assessment as requested in City’s response to complaint — Standard of review applicable to Board’s decision to increase taxpayer’s property assessment —*

**Ville d’Edmonton** *Appelante*

c.

**Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Limited (représentée par AEC International Inc.)** *Intimée*

et

**Procureur général de la Colombie-Britannique, Assessment Review Board for the City of Edmonton et British Columbia Assessment Authority** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : EDMONTON (VILLE) c. EDMONTON EAST (CAPILANO) SHOPPING CENTRES LTD.**

**2016 CSC 47**

N° du greffe : 36403.

2016 : 23 mars; 2016 : 4 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ALBERTA

*Droit municipal — Fiscalité — Évaluation foncière — Comité de révision des évaluations de la Ville d’Edmonton — Dépôt par un contribuable d’une plainte visant à contester le montant d’une évaluation foncière municipale — Augmentation de l’évaluation foncière par le Comité conformément à ce qui a été demandé par la Ville dans sa réponse à la plainte — Les cours d’instance inférieure convenant avec le contribuable que le Comité ne peut augmenter l’évaluation foncière — Le Comité avait-il le pouvoir d’augmenter l’évaluation? — Municipal Government Act, R.S.A. 2000, c. M-26, art. 467.*

*Droit administratif — Appels — Norme de contrôle — Organismes et tribunaux administratifs — Comité de révision des évaluations de la Ville d’Edmonton — Dépôt par un contribuable d’une plainte visant à contester le montant d’une évaluation foncière municipale — Augmentation de l’évaluation foncière par le Comité conformément à ce qui a été demandé par la Ville dans sa*

*Whether Board's decision reasonable — Municipal Government Act, R.S.A. 2000, c. M-26, s. 470.*

The taxpayer Company owns a shopping centre in Edmonton, Alberta. For the 2011 taxation year, the City of Edmonton assessed the value of the mall at approximately \$31 million. The Company disputed this assessment by filing a complaint with the Assessment Review Board. The Company's position was that the assessed value exceeded the market value of the mall and was inequitable when compared to the assessed value of other properties. It sought a reduction in the assessed value to approximately \$22 million.

When reviewing the Company's submissions and evidence, the City discovered what it determined was an error in its original assessment. The City requested that the Board increase the assessed value of the shopping centre to approximately \$45 million. While the Company expressed concern about the City's change in position, it did not dispute the Board's power to increase the assessment in this case. Under s. 467(1) of the *Municipal Government Act*, after hearing a complaint, an assessment review board may "change" the assessment or "decide that no change is required". The Board ultimately increased the assessment to approximately \$41 million. A decision of an assessment review board may be appealed to the Court of Queen's Bench, with permission, on a question of law or jurisdiction of sufficient importance to merit an appeal. On appeal to the Alberta Court of Queen's Bench, the chambers judge set aside the Board's decision and remitted the matter to the Board for a hearing *de novo*. This order was affirmed on appeal to the Alberta Court of Appeal. This Court must determine what the appropriate standard of review is for the Board's implicit decision that it could increase the Company's property assessment and determine if the Board's decision withstands scrutiny on that standard.

*Held* (McLachlin C.J. and Moldaver, Côté and Brown JJ. dissenting): The appeal should be allowed, the decision of the Court of Appeal set aside and the Board's decision reinstated.

*Per* Abella, Cromwell, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: The standard of review in this case is reasonableness. Unless the jurisprudence has already settled the applicable standard of review, the reviewing court should begin by considering whether the issue involves

*réponse à la plainte — Norme de contrôle applicable à la décision du Comité d'augmenter l'évaluation foncière du contribuable — La décision du Comité était-elle raisonnable? — Municipal Government Act, R.S.A. 2000, c. M-26, art. 470.*

La Société contribuable est propriétaire d'un centre commercial à Edmonton (Alberta). Pour l'exercice 2011, la Ville d'Edmonton a établi la valeur du centre commercial à environ 31 millions de dollars. La Société a contesté cette évaluation en déposant une plainte auprès du Comité de révision des évaluations. Selon la Société, la valeur imposable du centre commercial excédait sa valeur marchande et était inéquitable comparativement à la valeur imposable d'autres propriétés. Elle a demandé que cette valeur soit réduite à environ 22 millions de dollars.

Lorsqu'elle a examiné les observations et la preuve présentées par la Société, la Ville a constaté ce qu'elle a jugé être une erreur dans son évaluation initiale. La Ville a demandé au Comité d'augmenter à environ 45 millions de dollars la valeur imposable du centre commercial. Bien qu'elle ait exprimé certaines réserves quant à ce changement de position, la Société n'a pas contesté le pouvoir du Comité d'augmenter l'évaluation en l'espèce. Suivant le par. 467(1) du *Municipal Government Act*, après avoir entendu la plainte, le comité de révision des évaluations peut « modifier » l'évaluation ou « décider qu'aucun changement n'est requis ». Le Comité a finalement augmenté l'évaluation à environ 41 millions de dollars. La décision du comité de révision des évaluations est susceptible d'appel devant la Cour du Banc de la Reine, sur permission de celle-ci, à l'égard d'une question de droit ou de compétence suffisamment importante pour justifier un appel. Lors de l'appel devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, le juge en cabinet a annulé la décision du Comité et lui a renvoyé l'affaire pour nouvelle audition. Cette ordonnance a été confirmée par la Cour d'appel de l'Alberta. La Cour doit déterminer quelle est la norme de contrôle applicable à la décision implicite du Comité selon laquelle il pouvait augmenter l'évaluation foncière de la Société, et si la décision du Comité résiste à une analyse suivant cette norme.

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et les juges Moldaver, Côté et Brown sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli, la décision de la Cour d'appel est annulée et la décision du Comité est rétablie.

*Les juges* Abella, Cromwell, Karakatsanis, Wagner et Gascon : La norme de contrôle applicable en l'espèce est celle de la décision raisonnable. À moins que la jurisprudence n'établisse déjà la norme de contrôle applicable, la cour de révision doit d'abord se demander si elle est

the interpretation by an administrative body of its own statute or statutes closely connected to its function. If so, the standard of review is presumed to be reasonableness. This presumption of deference on judicial review respects the principle of legislative supremacy and the choice made to delegate decision making to a tribunal, rather than the courts. A presumption of deference on judicial review also fosters access to justice to the extent the legislative choice to delegate a matter to a flexible and expert tribunal provides parties with a speedier and less expensive form of decision making.

In this case, the framework from *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, provides a clear answer. The substantive issue here — whether the Board had the power to increase the assessment — turns on the interpretation of s. 467(1) of the Act, the Board's home statute. The issue does not fall within one of the four categories identified in *Dunsmuir* as calling for correctness review. Accordingly, the standard of review is presumed to be reasonableness.

A statutory right of appeal is not a new category of correctness and should not be added to the list of correctness categories enumerated in *Dunsmuir*. Recognizing issues arising on statutory appeals as a new category to which the correctness standard applies would go against strong jurisprudence from this Court.

The presumption of reasonableness is grounded in the legislature's choice to give a specialized tribunal responsibility for administering the statutory provisions, and the expertise of the tribunal in so doing. Expertise arises from the specialization of functions of administrative tribunals like the Board which have a habitual familiarity with the legislative scheme they administer. Expertise may also arise where legislation requires that members of a given tribunal possess certain qualifications. However, expertise is not a matter of the qualifications or experience of any particular tribunal member. Rather, expertise is something that inheres in a tribunal itself as an institution.

en présence d'une question portant sur l'interprétation par un organisme administratif de sa propre loi constitutive ou d'une loi étroitement liée à son mandat. Dans l'affirmative, la norme de contrôle applicable est présumée être celle de la décision raisonnable. La présomption de déférence en cas de contrôle judiciaire respecte le principe de la suprématie législative et la décision de déléguer le pouvoir décisionnel à un tribunal administratif plutôt qu'aux cours de justice. Cette présomption favorise également l'accès à la justice dans la mesure où le choix du législateur de déléguer une question à un tribunal administratif souple et spécialisé assure aux parties un processus décisionnel plus rapide et moins coûteux.

Le cadre établi dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, fournit une réponse claire en l'espèce. La question de fond que soulève la présente affaire — soit celle de savoir si le Comité avait le pouvoir d'augmenter l'évaluation — concerne l'interprétation du par. 467(1) de la Loi, la loi constitutive du Comité. Elle ne relève pas de l'une des quatre catégories qui, suivant l'arrêt *Dunsmuir*, commandent l'application de la norme de la décision correcte. En conséquence, la norme de contrôle applicable est présumée être celle de la décision raisonnable.

Les questions visées par un droit d'appel prévu par la loi ne constituent pas une nouvelle catégorie de questions à laquelle s'applique la norme de la décision correcte et elles ne devraient pas être ajoutées à la liste des catégories de questions à laquelle s'applique la norme de la décision correcte selon l'arrêt *Dunsmuir*. Il serait contraire à la jurisprudence bien établie de la Cour de considérer que les questions se soulevant dans le cadre d'un appel prévu par la loi forment une nouvelle catégorie de questions à laquelle s'applique la norme de la décision correcte.

La présomption d'application de la norme de la décision raisonnable repose sur le choix du législateur de confier à un tribunal administratif spécialisé la responsabilité d'appliquer les dispositions législatives, ainsi que sur l'expertise de ce tribunal en la matière. L'expertise découle de la spécialisation des fonctions des tribunaux administratifs qui, comme le Comité, appliquent un régime législatif qui leur est familier. L'expertise peut aussi découler du fait que la loi exige que les membres d'un tribunal administratif donné possèdent certaines qualifications. Cependant, l'expertise n'est pas une question touchant aux qualifications ou à l'expérience d'un membre donné d'un tribunal administratif. C'est plutôt quelque chose d'inhérent au tribunal administratif en tant qu'institution.

This Court has often applied a reasonableness standard on a statutory appeal from an administrative tribunal, even when the appeal clause contained a leave requirement and limited appeals to questions of law, or to questions of law or jurisdiction. In light of this strong line of jurisprudence — combined with the absence of unusual statutory language — there was no need for the Court of Appeal to engage in a long and detailed contextual analysis. Inevitably, the result would have been the same. The presumption of reasonableness is not rebutted here.

The contextual approach can generate uncertainty and endless litigation concerning the standard of review. As in British Columbia, legislatures can specify the applicable standard of review; unfortunately explicit legislative guidance is not common.

The Board's decision to increase the Company's property assessment was reasonable. Given that the Company did not dispute the Board's power to increase the assessment in this case, it is not surprising the Board did not explain why it was of the view that it could increase the assessment. Accordingly, the Board's decision should be reviewed in light of the reasons which could be offered in support of it. It was reasonable for the Board to interpret s. 467(1) of the Act to permit it to increase the Company's property assessment at the City's request. While s. 460(3) of the Act provides that only assessed persons and taxpayers may make complaints, the scheme of the Act does not require that municipalities be empowered to file a "complaint" against an assessment. The Act provides other mechanisms by which municipalities can change or seek changes to an assessment. The Board's interpretation of s. 467(1) of the Act is consistent with the ordinary meaning of "change" in s. 467(1) and the overarching policy goal of the Act, to ensure assessments are correct, fair and equitable. The alternative would permit taxpayers to use the complaints process to prevent assessments made in error from being corrected, thereby frustrating the Act's purpose.

*Per McLachlin C.J. and Moldaver, Côté and Brown JJ. (dissenting):* The appropriate standard of review of the Assessment Review Board's decision is correctness. The legislature of Alberta created a municipal assessment

La Cour a souvent appliqué la norme de la décision raisonnable en cas d'appel formé en vertu de la loi contre la décision d'un tribunal administratif, et ce, même lorsque la disposition établissant le droit d'appel imposait l'obligation d'obtenir une autorisation et limitait les appels aux questions de droit, ou aux questions de droit ou de compétence. À la lumière de ce fort courant jurisprudentiel — conjugué à l'absence de libellé législatif inhabituel — la Cour d'appel n'avait pas besoin de procéder à une analyse contextuelle longue et détaillée. Le résultat aurait inévitablement été le même. La présomption d'application de la norme de la décision raisonnable n'est pas réfutée en l'espèce.

Le recours à une analyse contextuelle peut être source d'incertitude et d'interminables litiges au sujet de la norme de contrôle applicable. Les législateurs peuvent, comme l'a fait celui de la Colombie-Britannique, indiquer la norme de contrôle applicable; malheureusement, il est peu fréquent de trouver des indications explicites dans les lois pertinentes.

La décision du Comité d'augmenter l'évaluation foncière de la Société était raisonnable. Comme la Société n'a pas contesté le pouvoir du Comité d'augmenter l'évaluation en l'espèce, il n'est pas surprenant que celui-ci n'ait pas expliqué pourquoi il était d'avis qu'il pouvait augmenter l'évaluation. En conséquence, la décision du Comité devrait être examinée à la lumière des motifs qui pourraient être donnés à l'appui de celle-ci. Il était raisonnable pour le Comité de considérer que le par. 467(1) de la Loi lui permettait d'augmenter l'évaluation foncière de la Société à la demande de la Ville. Si le par. 460(3) de la Loi précise que seuls les contribuables et les personnes visées peuvent déposer une plainte, l'économie générale de la Loi n'exige pas que les municipalités disposent du pouvoir de déposer une « plainte » contre une évaluation. La Loi prévoit d'autres mécanismes permettant aux municipalités de modifier une évaluation ou de demander des changements à celle-ci. L'interprétation que donne le Comité au par. 467(1) de la Loi s'accorde avec le sens ordinaire du mot « modifier » figurant à cette disposition et l'objectif fondamental de la Loi, c'est-à-dire faire en sorte que les évaluations soient exactes, justes et équitables. Conclure autrement aurait pour effet que les contribuables pourraient se servir du processus de contestation pour empêcher la correction d'évaluations établies erronément, situation qui ferait obstacle à la réalisation de l'objet de la Loi.

*La juge en chef McLachlin et les juges Moldaver, Côté et Brown (dissidents):* La norme de contrôle applicable à la décision du Comité de révision des évaluations est celle de la décision correcte. Le législateur albertain

complaints regime that allows certain questions squarely within the expertise of an assessment review board to be reviewed on a deferential standard through the ordinary mechanism of judicial review. The legislature, however, also designated certain questions of law and jurisdiction — for which standardized answers are necessary across the province — to be the subject of an appeal to the Court of Queen’s Bench. The statutory scheme and the Board’s lack of relative expertise in interpreting the law lead to the conclusion that the legislature intended that the Board’s decisions on such questions be reviewed on a correctness standard. As a result, even were the Board’s interpretation presumptively owed deference on the basis that the Board is interpreting its home statute, this presumption of deference has been rebutted by clear signals of legislative intent. Consistency in the understanding and application of these legal questions is necessary, and only courts can provide such consistency.

The existence of a statutory right of appeal can, in combination with other factors, lead to a conclusion that the proper standard of review is correctness. A statutory right of appeal, like a privative clause, is an important indicator of legislative intent and, depending on its wording, it may be at ease with judicial intervention. But a statutory right of appeal is not a new “category” of correctness review. The ostensibly contextual standard of review analysis should not be confined to deciding whether new categories have been established. An approach to the standard of review analysis that relies exclusively on categories and eschews any role for context risks introducing the vice of formalism into the law of judicial review. In every case, a court must determine what the appropriate standard of review is for this question decided by this decision maker. This is not to say that a full contextual standard of review analysis must be conducted in every single case. Where a standard of review analysis is performed and the proper standard of review is determined for a particular question decided by a particular decision maker, that standard of review should apply in the future to similar questions decided by that decision maker. Disregard for the contextual analysis would represent a significant departure from *Dunsmuir* and from this Court’s post-*Dunsmuir* jurisprudence.

The question at issue here is not one which falls within the Board’s expertise. An administrative decision maker

a créé un régime de contestation des évaluations municipales qui permet que certaines questions relevant clairement de l’expertise d’un tel comité soient contrôlées selon une norme déferente dans le cadre du processus ordinaire de contrôle judiciaire. Toutefois, le législateur a également prévu que certaines questions de droit et de compétence — auxquelles des réponses uniformes sont nécessaires partout dans la province — doivent faire l’objet d’un appel devant la Cour du Banc de la Reine. Le régime législatif et le manque d’expertise relative du Comité en matière d’interprétation des lois mènent à la conclusion que le législateur entendait que les décisions du Comité à l’égard de telles questions soient contrôlées selon la norme de la décision correcte. Par conséquent, même si l’interprétation du Comité est présumée commander la déférence du fait que celui-ci interprète sa loi constitutive, cette présomption est réfutée par des indications claires de l’intention du législateur. La cohérence dans l’interprétation et l’application de ces questions juridiques est nécessaire, et seules les cours de justice peuvent assurer cette cohérence.

L’existence d’un droit d’appel statutaire peut, combinée à d’autres facteurs, permettre de conclure que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. Un droit d’appel statutaire, comme une clause privative, constitue un indice important de l’intention du législateur et, selon son libellé, il peut s’accommoder de l’intervention judiciaire. Cependant, un droit d’appel statutaire ne forme pas une nouvelle « catégorie » à laquelle s’applique la norme de la décision correcte. L’analyse de détermination de la norme de contrôle applicable — analyse manifestement contextuelle — ne devrait pas se limiter à la question de savoir si de nouvelles catégories ont été établies. Le recours à une analyse reposant exclusivement sur des catégories et n’accordant aucun rôle au contexte risque d’introduire un trop grand formalisme dans le droit relatif au contrôle judiciaire. Dans tous les cas, la cour de révision doit déterminer la norme de contrôle applicable à une question donnée tranchée par un décideur donné. Cela ne veut pas dire qu’une analyse contextuelle complète est chaque fois nécessaire. Lorsqu’une analyse de détermination de la norme de contrôle applicable est effectuée et que la norme de contrôle appropriée à l’égard d’une question donnée tranchée par un décideur donné est déterminée, cette norme devrait s’appliquer à l’avenir aux questions semblables tranchées par ce décideur. Faire abstraction de l’analyse contextuelle représenterait une rupture importante avec l’arrêt *Dunsmuir* et la jurisprudence de la Cour depuis cet arrêt.

La question en litige en l’espèce ne relève pas de l’expertise du Comité. Un décideur administratif n’a pas

is not entitled to blanket deference in all matters simply because it is an expert in some matters. An administrative decision maker is entitled to deference on the basis of expertise only if the question before it falls within the scope of its expertise, whether specific or institutional. Expertise is a relative concept. It is not absolute. While the Board may have familiarity with the application of the assessment provisions of the Act, the legislature has recognized that the Board's specialized expertise does not necessarily extend to general questions of law and jurisdiction. The Board's decisions may, instead, be appealed on these questions of law and jurisdiction. The legislature created a tribunal with expertise in matters of valuation and assessment. In light of this lack of relative expertise on questions of law and jurisdiction, it cannot be maintained that a presumption applies that the legislature intended that the Board's determinations on questions of law and jurisdiction be owed deference.

Applying the proper standard, the Board erred in increasing the Company's property assessment in this case and the appeal should be dismissed. The Board's decision to increase the assessed value based on the City's submissions must be quashed because the Board considered information that it was statutorily prohibited from considering. Assessment review boards have jurisdiction only to adjudicate the issues that are raised in the assessed person's complaint form. The Board in this case erred by hearing and partially accepting the City's new and revised assessment based on an entirely new classification, one which was not the subject of the Company's complaint. The word "change" in s. 467(1) of the Act should be given its ordinary and grammatical meaning. The Board is not precluded from ever increasing an assessment; however, the Board's decision-making authority in this case was limited to the specific matters that were raised in the Company's complaint. The Board had no authority to inquire into the fairness and equity of the assessment generally and to consider or accept elements of the new assessment proposed by the City in increasing the assessment.

### Cases Cited

By Karakatsanis J.

**Applied:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **distinguished:** *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161; **approved:** *Edmonton (City) v. Army & Navy Department Stores Ltd.*, [2002] A.M.G.B.O. No. 126

droit à une déférence absolue à l'égard de toute question du simple fait qu'il agit comme expert dans certaines matières. La déférence s'impose à l'égard d'un tel décideur en raison de son expertise uniquement si la question dont il est saisi relève de son champ d'expertise, qu'elle soit spécifique ou institutionnelle. L'expertise constitue un concept relatif, et non absolu. Bien que le Comité puisse être familier avec l'application des dispositions de la Loi en matière d'évaluation, le législateur a reconnu que son expertise spécialisée ne s'étend pas nécessairement aux questions générales de droit et de compétence. Les décisions du Comité peuvent plutôt être portées en appel en ces matières. Le législateur a créé un tribunal doté d'une expertise en matière d'évaluation foncière. Vu ce manque d'expertise relative en ce qui concerne les questions de droit et de compétence, on ne peut soutenir que le législateur est présumé avoir voulu que les décisions du Comité à cet égard commandent la déférence.

Suivant la norme de contrôle appropriée, le Comité a commis une erreur en augmentant l'évaluation foncière de la Société en l'espèce et le pourvoi doit être rejeté. Comme le Comité a considéré des renseignements que la loi lui interdisait d'examiner, sa décision d'augmenter la valeur imposable sur la base des observations de la Ville doit être annulée. Les comités de révision des évaluations n'ont compétence que pour statuer sur les questions soulevées dans le formulaire de plainte de la personne visée. En l'espèce, le Comité a commis une erreur en entendant la plainte et en acceptant partiellement la nouvelle évaluation révisée établie par la Ville sur le fondement d'une classification entièrement nouvelle, laquelle ne faisait pas l'objet de la plainte de la Société. Le mot « modifier » figurant au par. 467(1) de la Loi devrait être interprété suivant son sens ordinaire et grammatical. Rien n'empêche le Comité d'augmenter une évaluation; toutefois, le pouvoir décisionnel du Comité en l'espèce était limité aux questions précises soulevées dans la plainte de la Société. Le Comité n'avait pas compétence pour se pencher sur le caractère juste et équitable de l'évaluation en général, ni pour examiner ou accepter les éléments de la nouvelle évaluation proposée par la Ville en vue de hausser l'évaluation foncière.

### Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

**Arrêt appliqué :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **distinction d'avec l'arrêt :** *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; **arrêt approuvé :** *Edmonton (City) c. Army & Navy Department*

(QL); **referred to:** *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 720; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Canadian Artists' Representation v. National Gallery of Canada*, 2014 SCC 42, [2014] 2 S.C.R. 197; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications*, 2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764; *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; *Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 SCC 44, [2015] 3 S.C.R. 147; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Utilities Commission)*, 2015 SCC 45, [2015] 3 S.C.R. 219; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Canadian Natural Resources Ltd. v. Wood Buffalo (Regional Municipality)*, 2012 ABQB 177, 535 A.R. 281.

By Côté and Brown JJ. (dissenting)

*Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539; *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152; *Osborne v. Rowlett* (1880), 13 Ch. D. 774; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications*, 2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764; *Edmonton (City) v. Edmonton (City)*

*Stores Ltd.*, [2002] A.M.G.B.O. No. 126 (QL); **arrêts mentionnés :** *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 720; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts du Canada*, 2014 CSC 42, [2014] 2 R.C.S. 197; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; *Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Utilities Commission)*, 2015 CSC 45, [2015] 3 R.C.S. 219; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Canadian Natural Resources Ltd. c. Wood Buffalo (Regional Municipality)*, 2012 ABQB 177, 535 A.R. 281.

Citée par les juges Côté et Brown (dissidents)

*Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152; *Osborne c. Rowlett* (1880), 13 Ch. D. 774; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764; *Edmonton (City) c.*

*Assessment Review Board*, 2010 ABQB 634, 503 A.R. 144; *Associated Developers Ltd. v. Edmonton (City)*, 2011 ABQB 592, 527 A.R. 287; *Edmonton (City) v. Edmonton (Composite Assessment Review Board)*, 2012 ABQB 118, 534 A.R. 110; *Habtenkiel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 180, [2015] 3 F.C.R. 327; *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402; *Townsend v. Kroppmanns*, 2004 SCC 10, [2004] 1 S.C.R. 315; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, 2001 SCC 36, [2001] 2 S.C.R. 100; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, 2002 SCC 11, [2002] 1 S.C.R. 249; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Canadian Natural Resources Ltd. v. Wood Buffalo (Regional Municipality)*, 2012 ABQB 177, 535 A.R. 281; *Prince Albert (City) v. 101027381 Saskatchewan Ltd.*, 2009 SKCA 59, 324 Sask. R. 313; *79912 Manitoba Ltd. v. Winnipeg City Assessor* (1998), 131 Man. R. (2d) 264; *Orange Properties Ltd. v. Winnipeg City Assessor* (1996), 107 Man. R. (2d) 278; *Harris v. Minister of National Revenue*, [1965] 2 Ex. C.R. 653, aff'd [1966] S.C.R. 489; *Canada v. Last*, 2014 FCA 129, [2015] 3 F.C.R. 245; *Edmonton ARB*, Decision No. 0098 139/11, August 24, 2011; *Edmonton ARB*, Decision No. 0098 174/10, August 4, 2010; *Canadian Natural Resources Ltd. v. Wood Buffalo (Regional Municipality)*, 2014 ABCA 195, 575 A.R. 362; *Immeubles B.P. Ltée v. Ville d'Anjou*, [1978] C.S. 422; *Executive Director of Assessment (N.B.) v. Ganong Bros. Ltd.*, 2004 NBCA 46, 271 N.B.R. (2d) 43.

### Statutes and Regulations Cited

*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, ss. 58, 59.  
*Assessment Act*, R.S.B.C. 1996, c. 20, s. 32.  
*Assessment Act*, R.S.N.S. 1989, c. 23, s. 62(2).  
*Assessment Act*, R.S.O. 1990, c. A.31, s. 40.  
*Cities Act*, S.S. 2002, c. C-11.1, s. 197(3).  
*Competition Tribunal Act*, R.S.C. 1985, c. 19 (2nd Supp.), s. 13(1).

*Edmonton (City) Assessment Review Board*, 2010 ABQB 634, 503 A.R. 144; *Associated Developers Ltd. c. Edmonton (City)*, 2011 ABQB 592, 527 A.R. 287; *Edmonton (City) c. Edmonton (Composite Assessment Review Board)*, 2012 ABQB 118, 534 A.R. 110; *Habtenkiel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 180, [2015] 3 R.C.F. 327; *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402; *Townsend c. Kroppmanns*, 2004 CSC 10, [2004] 1 R.C.S. 315; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, 2001 CSC 36, [2001] 2 R.C.S. 100; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, 2002 CSC 11, [2002] 1 R.C.S. 249; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Canadian Natural Resources Ltd. c. Wood Buffalo (Regional Municipality)*, 2012 ABQB 177, 535 A.R. 281; *Prince Albert (City) c. 101027381 Saskatchewan Ltd.*, 2009 SKCA 59, 324 Sask. R. 313; *79912 Manitoba Ltd. c. Winnipeg City Assessor* (1998), 131 Man. R. (2d) 264; *Orange Properties Ltd. c. Winnipeg City Assessor* (1996), 107 Man. R. (2d) 278; *Harris c. Minister of National Revenue*, [1965] 2 R.C. de l'É. 653, conf. par [1966] R.C.S. 489; *Canada c. Last*, 2014 CAF 129, [2015] 3 R.C.F. 245; *Edmonton ARB*, décision n° 0098 139/11, 24 août 2011; *Edmonton ARB*, décision n° 0098 174/10, 4 août 2010; *Canadian Natural Resources Ltd. c. Wood Buffalo (Regional Municipality)*, 2014 ABCA 195, 575 A.R. 362; *Immeubles B.P. Ltée c. Ville d'Anjou*, [1978] C.S. 422; *Directeur exécutif de l'évaluation (N.-B.) c. Ganong Bros. Ltd.*, 2004 NBCA 46, 271 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 43.

### Lois et règlements cités

*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, art. 58, 59.  
*Assessment Act*, R.S.B.C. 1996, c. 20, art. 32.  
*Assessment Act*, R.S.N.S. 1989, c. 23, art. 62(2).  
*Cities Act*, S.S. 2002, c. C-11.1, art. 197(3).  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5<sup>e</sup> suppl.).  
*Loi sur l'évaluation foncière*, L.R.O. 1990, c. A.31, art. 40.

*Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42.  
*Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.).  
*Matters Relating to Assessment and Taxation Regulation*,  
 Alta. Reg. 220/2004, ss. 4(1)(a), 15.  
*Matters Relating to Assessment Complaints Regulation*,  
 Alta. Reg. 310/2009, ss. 8(2), 9, 10(2), 15(1).  
*Municipal Assessment Act*, C.C.S.M., c. M226, ss. 42, 43.  
*Municipal Government Act*, R.S.A. 2000, c. M-26, ss. 15,  
 23, 26, 30, 31, 43 to 45, 47, 47.1, 205, 207, 208, 285,  
 293(1), 299, 300, 305, 305.1, 308, 309(1)(c), 317 to  
 325, 324, 370, 381, 390, 409.3, 425.1, 436.23, 452, 453  
 to 457, 454, 460, 460.1(2), 465, 467, 470, 470.1(2),  
 476.1, 484.1, 486, 514 to 517, 527.1, 534, 570 to 580,  
 571, 708.02.

#### Authors Cited

Alberta. “2015 Alberta Assessment Quality Minister’s Guidelines” (online: [www.municipalaffairs.alberta.ca/documents/as/2015\\_Assessment\\_Quality\\_Ministers\\_Guidelines.pdf](http://www.municipalaffairs.alberta.ca/documents/as/2015_Assessment_Quality_Ministers_Guidelines.pdf)).

Alberta. Legislative Assembly. *Alberta Hansard*, 2nd Sess., 27th Leg., April 21, 2009, p. 735.

Bilson, Beth. “The Expertise of Labour Arbitrators” (2005), 12 *C.L.E.L.J.* 33.

Breyer, Stephen. “Judicial Review of Questions of Law and Policy” (1986), 38 *Admin. L. Rev.* 363.

Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated May 2016, release 1).

Daly, Paul. “Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness” (forthcoming, *McGill L.J.*).

Daly, Paul. “The Unfortunate Triumph of Form over Substance in Canadian Administrative Law” (2012), 50 *Osgoode Hall L.J.* 317.

Dyzenhaus, David. “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart, 1997, 279.

Hart, H. L. A. *The Concept of Law*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Mullan, David J. “Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?” (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59.

Sossin, Lorne. “Empty Ritual, Mechanical Exercise or the Discipline of Deference? Revisiting the Standard of Review in Administrative Law” (2003), 27 *Adv. Q.* 478.

*Loi sur l’évaluation municipale*, C.P.L.M., c. M226, art. 42, 43.

*Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42.

*Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. 1985, c. 19 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 13(1).

*Matters Relating to Assessment and Taxation Regulation*,  
 Alta. Reg. 220/2004, art. 4(1)(a), 15.  
*Matters Relating to Assessment Complaints Regulation*,  
 Alta. Reg. 310/2009, art. 8(2), 9, 10(2), 15(1).  
*Municipal Government Act*, R.S.A. 2000, c. M-26,  
 art. 15, 23, 26, 30, 31, 43 à 45, 47, 47.1, 205, 207, 208,  
 285, 293(1), 299, 300, 305, 305.1, 308, 309(1)(c),  
 317 à 325, 324, 370, 381, 390, 409.3, 425.1, 436.23,  
 452, 453 à 457, 454, 460, 460.1(2), 465, 467, 470,  
 470.1(2), 476.1, 484.1, 486, 514 à 517, 527.1, 534,  
 570 à 580, 571, 708.02.

#### Doctrine et autres documents cités

Alberta. « 2015 Alberta Assessment Quality Minister’s Guidelines » (online : [www.municipalaffairs.alberta.ca/documents/as/2015\\_Assessment\\_Quality\\_Ministers\\_Guidelines.pdf](http://www.municipalaffairs.alberta.ca/documents/as/2015_Assessment_Quality_Ministers_Guidelines.pdf)).

Alberta. Legislative Assembly. *Alberta Hansard*, 2nd Sess., 27th Leg., April 21, 2009, p. 735.

Bilson, Beth. « The Expertise of Labour Arbitrators » (2005), 12 *C.L.E.L.J.* 33.

Breyer, Stephen. « Judicial Review of Questions of Law and Policy » (1986), 38 *Admin. L. Rev.* 363.

Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, Toronto, Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated May 2016, release 1).

Daly, Paul. « Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness » (forthcoming, *R.D. McGill*).

Daly, Paul. « The Unfortunate Triumph of Form over Substance in Canadian Administrative Law » (2012), 50 *Osgoode Hall L.J.* 317.

Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart, 1997, 279.

Hart, H. L. A. *The Concept of Law*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.

Mullan, David J. « Establishing the Standard of Review : The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *R.C.D.A.P.* 59.

Sossin, Lorne. « Empty Ritual, Mechanical Exercise or the Discipline of Deference? Revisiting the Standard of Review in Administrative Law » (2003), 27 *Adv. Q.* 478.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, Slatter and Rowbotham JJ.A.), 2015 ABCA 85, 599 A.R. 210, 12 Alta. L.R. (6th) 236, 80 Admin. L.R. (5th) 240, 643 W.A.C. 210, 382 D.L.R. (4th) 85, 34 M.P.L.R. (5th) 204, [2015] 5 W.W.R. 547, [2015] A.J. No. 217 (QL), 2015 CarswellAlta 324 (WL Can.), affirming a decision of Rooke A.C.J., 2013 ABQB 526, 570 A.R. 208, 14 M.P.L.R. (5th) 252, [2013] A.J. No. 979 (QL), 2013 CarswellAlta 1745 (WL Can.), which set aside the decision of the Assessment Review Board, No. 0098 56/11, August 2, 2011. Appeal allowed, McLachlin C.J. and Moldaver, Côté and Brown JJ. dissenting.

*Cameron J. Ashmore and Tanya Boutin*, for the appellant.

*Gilbert J. Ludwig, Q.C., James B. Laycraft, Q.C., Guy Régimbald and Brian K. Dell*, for the respondent.

Written submissions only by *Katherine Webber*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Katharine L. Hurlburt, Q.C.*, for the intervener the Assessment Review Board for the City of Edmonton.

*R. Bruce E. Hallsor and Colin G. Simkus*, for the intervener the British Columbia Assessment Authority.

The judgment of Abella, Cromwell, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. was delivered by

KARAKATSANIS J. —

## I. Introduction

[1] Alberta residents may dispute their municipal property assessment before a local assessment review board. When one Edmonton taxpayer did so, the Assessment Review Board decided to *increase* the assessment the taxpayer had disputed. The taxpayer appealed, submitting that when a taxpayer disputes an assessment the Board lacks the statutory

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Berger, Slatter et Rowbotham), 2015 ABCA 85, 599 A.R. 210, 12 Alta. L.R. (6th) 236, 80 Admin. L.R. (5th) 240, 643 W.A.C. 210, 382 D.L.R. (4th) 85, 34 M.P.L.R. (5th) 204, [2015] 5 W.W.R. 547, [2015] A.J. No. 217 (QL), 2015 CarswellAlta 324 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge en chef adjoint Rooke, 2013 ABQB 526, 570 A.R. 208, 14 M.P.L.R. (5th) 252, [2013] A.J. No. 979 (QL), 2013 CarswellAlta 1745 (WL Can.), qui annulait la décision du Assessment Review Board, n° 0098 56/11, 2 août 2011. Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges Moldaver, Côté et Brown sont dissidents.

*Cameron J. Ashmore et Tanya Boutin*, pour l'appelante.

*Gilbert J. Ludwig, c.r., James B. Laycraft, c.r., Guy Régimbald et Brian K. Dell*, pour l'intimée.

Argumentation écrite seulement par *Katherine Webber*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Katharine L. Hurlburt, c.r.*, pour l'intervenant Assessment Review Board for the City of Edmonton.

*R. Bruce E. Hallsor et Colin G. Simkus*, pour l'intervenante British Columbia Assessment Authority.

Version française du jugement des juges Abella, Cromwell, Karakatsanis, Wagner et Gascon rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

## I. Introduction

[1] Les résidents de l'Alberta peuvent contester leur évaluation foncière municipale devant un comité local de révision des évaluations. Lorsqu'un contribuable de la Ville d'Edmonton (« Ville ») s'est prévalu de ce droit, le comité de révision des évaluations (« Comité ») a décidé d'*augmenter* l'évaluation contestée. Le contribuable a interjeté

power to increase the assessment and may only lower or confirm it. The Alberta Court of Queen's Bench agreed with the taxpayer, as did the Court of Appeal. The City of Edmonton now appeals to this Court.

[2] This appeal raises two issues: (1) What is the appropriate standard of review for the Board's implicit decision that it could increase the assessment? (2) Does the decision withstand scrutiny on that standard?

[3] For the following reasons, I conclude that the standard of review for the Board's decision is reasonableness and that it was reasonable for the Board to find it had the power to increase the assessment. Accordingly, I would allow the appeal and reinstate the decision of the Board.

## II. Facts

[4] Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Limited (the "Company") owns the Capilano Shopping Centre in Edmonton, Alberta. For the 2011 taxation year, the City of Edmonton assessed the value of the mall as approximately \$31 million.

[5] In March 2011, pursuant to s. 460 of the *Municipal Government Act*, R.S.A. 2000, c. M-26 ("MGA"), the Company disputed this assessment by filing a complaint with the Assessment Review Board for the City of Edmonton. The Company's position was that the assessed value exceeded the market value of the mall and was inequitable when compared to the assessed value of other properties. It sought a reduction in the assessed value to approximately \$22 million.

[6] When reviewing the Company's submissions and evidence, the City discovered what it determined was an error in its original assessment. The City originally classified the mall as a "community centre" with the value of the rent from its anchor tenant, Wal-Mart, assessed at \$3.50 per square foot. The

appel, faisant valoir qu'en cas de contestation d'une évaluation, la loi n'habilite pas le Comité à augmenter celle-ci, mais uniquement à la réduire ou à la confirmer. Tant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta que la Cour d'appel ont donné raison au contribuable. La Ville se pourvoit maintenant devant notre Cour.

[2] Le présent pourvoi soulève deux questions : (1) Quelle est la norme de contrôle applicable à la décision implicite du Comité selon laquelle il pouvait augmenter l'évaluation? (2) La décision résiste-t-elle à une analyse suivant cette norme?

[3] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la norme de contrôle applicable à la décision du Comité est celle de la décision raisonnable et qu'il était raisonnable pour le Comité de conclure qu'il avait le pouvoir d'augmenter l'évaluation. Par conséquent, j'accueillerais le pourvoi et je rétablirais la décision du Comité.

## II. Faits

[4] La Société Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Limited (« Société ») est propriétaire du Capilano Shopping Centre situé à Edmonton (Alberta). Pour l'exercice 2011, la Ville a établi la valeur du centre commercial à environ 31 millions de dollars.

[5] En mars 2011, conformément à l'art. 460 de la *Municipal Government Act*, R.S.A. 2000, c. M-26 (« MGA »), la Société a contesté cette évaluation en déposant une plainte auprès du Comité (l'Assessment Review Board for the City of Edmonton). Selon la Société, la valeur imposable du centre commercial excédait sa valeur marchande et était inéquitable comparativement à la valeur imposable d'autres propriétés. Elle a demandé que cette valeur soit réduite à environ 22 millions de dollars.

[6] Lorsqu'elle a examiné les observations et la preuve présentées par la Société, la Ville a constaté ce qu'elle a jugé être une erreur dans son évaluation initiale. La Ville avait au départ considéré le centre commercial comme un [TRADUCTION] « centre communautaire » et évalué le loyer de son locataire clé,

City now said the mall should have been classified as a “power centre” with the value of the rent from Wal-Mart assessed at \$11.50 per square foot. This change in position was based in large part on the City’s review of the assessed value of the rents from three other Wal-Marts in Edmonton. In June 2011, the City informed the Company that it would seek an increase from the Board. In its written submissions to the Board, the City requested that the Board increase the assessed value to approximately \$45 million.

[7] While the Company expressed concern about the City’s change in position, it did not dispute the Board’s power to increase the assessment in this case.

[8] The Board ultimately increased the assessment to approximately \$41 million. On appeal to the Alberta Court of Queen’s Bench, the chambers judge set aside the Board’s decision and remitted the matter to the Board for a hearing *de novo*. This order was affirmed on appeal to the Alberta Court of Appeal.

### III. The Statutory Scheme and Provisions

[9] Alberta’s *MGA* regulates property assessments in the province. The scheme operates on an annual basis, with municipalities preparing assessments each year (s. 285). Property assessors are subject to an overarching duty to prepare assessments “in a fair and equitable manner” (s. 293(1)).

[10] The *MGA* permits any “assessed person” or “taxpayer” to contest a municipal property assessment before an assessment review board (s. 460). After hearing a complaint, an assessment review board may “change” the assessment or “decide that no change is required” (s. 467(1)). “An assessment review board must not alter any assessment that is fair and equitable, taking into consideration . . . the valuation and other standards set out in the regulations” (s. 467(3)). The valuation standard for most

Wal-Mart, à 3,50 \$ le pied carré. La Ville affirme maintenant que le centre commercial aurait dû être considéré comme un « mégacentre commercial », et elle évalue le loyer de Wal-Mart à 11,50 \$ le pied carré. Ce changement de position s’explique en grande partie par le fait qu’elle a vérifié la valeur imposable des loyers de trois autres Wal-Mart à Edmonton. En juin 2011, la Ville a informé la Société qu’elle demanderait au Comité de hausser l’évaluation. Dans ses observations écrites, la Ville a demandé au Comité d’augmenter à environ 45 millions de dollars la valeur imposable du centre commercial.

[7] Bien qu’elle ait exprimé certaines réserves quant à ce changement de position, la Société n’a pas contesté le pouvoir du Comité d’augmenter l’évaluation en l’espèce.

[8] Le Comité a finalement augmenté l’évaluation à environ 41 millions de dollars. Lors de l’appel devant la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta, le juge en cabinet a annulé la décision du Comité et lui a renvoyé l’affaire pour nouvelle audition. Cette ordonnance a été confirmée par la Cour d’appel de l’Alberta.

### III. Régime législatif et dispositions applicables

[9] La *MGA* de l’Alberta régleme les évaluations foncières dans la province. Le régime fonctionne sur une base annuelle, les municipalités préparant chaque année les évaluations (art. 285). Les évaluateurs ont l’obligation fondamentale d’établir des évaluations qui soient [TRADUCTION] « justes et équitables » (par. 293(1)).

[10] La *MGA* autorise la [TRADUCTION] « personne visée » ou un « contribuable » à contester une évaluation foncière devant un comité de révision des évaluations (art. 460). Après avoir entendu la plainte, le comité de révision peut « modifier » l’évaluation ou « décider qu’aucun changement n’est requis » (par. 467(1)). « Le comité de révision des évaluations ne doit pas modifier une évaluation qui est juste et équitable, compte tenu de [. . .] la valeur et d’autres critères prescrits par règlement » (par. 467(3)). Pour

property is its “market value” (*Matters Relating to Assessment and Taxation Regulation*, Alta. Reg. 220/2004, s. 4(1)(a)).

[11] A decision of an assessment review board may be appealed to the Court of Queen’s Bench, with permission, on “a question of law or jurisdiction of sufficient importance to merit an appeal” (s. 470(1) and (5) *MGA*). Where the appeal is granted, the matter is referred back to the assessment review board “and the board must rehear the matter and deal with it in accordance with the opinion of or any direction given by the Court on the question of law or the question of jurisdiction” (s. 470.1(2)).

[12] In some circumstances, assessments may also be changed outside the complaints process. “If it is discovered that there is an error, omission or misdescription in any of the information shown on the assessment roll . . . the assessor may correct the assessment roll for the current year only” (s. 305(1) *MGA*). However, if a complaint has been made about a property, “the assessor must not correct or change the assessment roll in respect of that property” until an assessment review board has made a decision or the complaint has been withdrawn (s. 305(5)).

#### IV. Decisions Below

##### A. *Assessment Review Board, No. 0098 56/11, August 2, 2011*

[13] The Board noted the Company’s position that the City should not be able to effectively submit a new assessment based on a power centre classification. The Board did not address this argument except to say “the Board decided to continue the merit hearing and place appropriate weight on the evidence presented”. Implicit in the Board’s analysis was a decision that it had the authority to increase the assessment should it so choose.

la plupart des propriétés, la valeur de référence est la [TRADUCTION] « valeur marchande » (*Matters Relating to Assessment and Taxation Regulation*, Alta. Reg. 220/2004, al. 4(1)(a)).

[11] La décision du comité de révision est susceptible d’appel devant la Cour du Banc de la Reine, sur permission de celle-ci, à l’égard d’une [TRADUCTION] « question de droit ou de compétence suffisamment importante pour justifier un appel » (par. 470(1) et (5) de la *MGA*). Si l’appel est accueilli, l’affaire est renvoyée au comité de révision qui « doit entendre à nouveau l’affaire et la trancher conformément à la décision ou aux directives de cette cour sur la question de droit ou de compétence » (par. 470.1(2)).

[12] Dans certaines circonstances, une évaluation peut aussi être modifiée en dehors du processus de contestation. [TRADUCTION] « Si une erreur, une omission ou une mauvaise description est constatée dans les renseignements figurant dans le rôle d’évaluation, [. . .] l’évaluateur ne peut corriger le rôle d’évaluation que pour l’année courante » (par. 305(1) de la *MGA*). Toutefois, si une plainte a été déposée relativement à une propriété donnée, « l’évaluateur ne peut corriger ou modifier le rôle d’évaluation à l’égard de cette propriété » tant que le comité de révision n’a pas rendu une décision ou que la plainte n’a pas été retirée (par. 305(5)).

#### IV. Décisions des juridictions inférieures

##### A. *Comité de révision des évaluations, décision n° 0098 56/11, 2 août 2011*

[13] Le Comité a pris acte de la thèse de la Société selon laquelle la Ville ne devrait pas pouvoir établir une nouvelle évaluation basée sur la désignation en tant que mégacentre commercial. Le Comité n’a pas traité de cet argument, sauf pour dire que [TRADUCTION] « le Comité a décidé de poursuivre l’audience sur le fond et d’accorder le poids voulu aux éléments de preuve présentés ». Il ressort implicitement de l’analyse du Comité que ce dernier a conclu qu’il avait le pouvoir d’augmenter l’évaluation, s’il décidait de le faire.

[14] On the merits of the assessment, the Board agreed in part with the City: it found that the mall was “something more” than a community centre, though not quite a power centre. It assessed the value of the rent from Wal-Mart at \$10.50 per square foot, reasoning in part that it would be inequitable for the assessed value to be as low as \$3.50 per square foot when other nearby Wal-Marts had been assessed at \$10.50 or \$11.50 per square foot. The Board increased the overall assessment to approximately \$41 million.

B. *Court of Queen’s Bench, 2013 ABQB 526, 570 A.R. 208 — Rooke A.C.J.*

[15] The Court of Queen’s Bench granted permission to appeal, including on the issue of whether the Board “was entitled to proceed on a new assessment” (para. 14, quoting 2012 ABQB 445, at para. 60 (CanLII)).

[16] Rooke A.C.J. stated that the issue on appeal was a true question of jurisdiction of the kind discussed in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, and the standard of review was correctness.

[17] Turning to the substantive issue, the chambers judge concluded that when a taxpayer complains about an assessment, the municipality must defend the assessed amount as correct and cannot ask the Board to change the assessment. Noting that, under the *MGA*, only assessed persons and taxpayers may complain about an assessment (s. 460(3)), the chambers judge reasoned that the City had tried to do indirectly what it cannot do directly. He concluded the Board lacked jurisdiction to increase the assessment at the City’s request, set aside the Board’s decision and remitted the matter to the Board for a hearing *de novo*.

[14] En ce qui concerne le bien-fondé de l’évaluation, le Comité a souscrit en partie à la thèse de la Ville : il a conclu que le centre commercial était [TRADUCTION] « davantage » qu’un centre communautaire, sans être tout à fait un mégacentre commercial. Il a établi la valeur du loyer versé par Wal-Mart à 10,50 \$ le pied carré, estimant entre autres qu’il serait inéquitable que la valeur imposable soit aussi peu élevée que 3,50 \$ le pied carré alors que celle d’autres Wal-Mart avoisinants avait été établie à 10,50 \$ ou à 11,50 \$ le pied carré. Le Comité a haussé l’évaluation globale à environ 41 millions de dollars.

B. *Cour du Banc de la Reine, 2013 ABQB 526, 570 A.R. 208 — le juge en chef adjoint Rooke*

[15] La Cour du Banc de la Reine a accordé la permission d’interjeter appel, notamment sur la question de savoir si le Comité [TRADUCTION] « pouvait procéder à l’audition sur la base d’une nouvelle évaluation » (par. 14, citant 2012 ABQB 445, par. 60 (CanLII)).

[16] Le juge en chef adjoint Rooke a déclaré que l’appel soulevait une question touchant véritablement à la compétence, du type de celle analysée dans l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, et que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte.

[17] Pour ce qui est de la question substantielle, le juge en cabinet a conclu que, lorsqu’un contribuable conteste une évaluation, la municipalité doit défendre l’exactitude de la valeur imposable et ne peut demander au Comité de modifier l’évaluation. Soulignant que, selon la *MGA*, seuls les contribuables et les personnes visées peuvent contester une évaluation (par. 460(3)), le juge a expliqué que la Ville avait tenté de faire indirectement ce qu’elle ne pouvait pas faire directement. Il a conclu que le Comité n’avait pas compétence pour augmenter l’évaluation à la demande de la Ville, il a annulé la décision du Comité et lui a renvoyé l’affaire pour nouvelle audition.

C. *Court of Appeal, 2015 ABCA 85, 599 A.R. 210*  
— *Slatter, Berger and Rowbotham J.J.A.*

[18] Writing for the court, Slatter J.A. agreed that the standard of review was correctness. While he did not agree that the issue on appeal was a true question of jurisdiction, he concluded that the decisions of a tribunal subject to a statutory right of appeal (or a right to apply for leave to appeal), rather than ordinary judicial review, should be reviewed on the correctness standard.

[19] On the substantive issue, the Court of Appeal concluded that s. 467(1) does not empower the Board to increase an assessment at the City's request. The City did not have the right to seek an increase: it was not empowered to make a complaint under s. 460(3). The court agreed with the chambers judge that the City's power to correct errors (s. 305) did not apply here, because there was no error; the City simply changed its mind. The Court of Appeal concluded that the Board erred in increasing the assessment and dismissed the City's appeal.

## V. Analysis

### A. *Standard of Review*

[20] In this case, Slatter J.A. said: “The day may come when it is possible to write a judgment like this without a lengthy discussion of the standard of review” (para. 11). That day has not come, but it may be approaching. In *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 720, my colleague Abella J. expressed an interest in revisiting the standard of review framework. The majority appreciated Justice Abella's efforts to stimulate a discussion on how to clarify or simplify our standard of review jurisprudence to better promote certainty and predictability. In my view, the principles in *Dunsmuir* should provide the foundation

C. *Cour d'appel, 2015 ABCA 85, 599 A.R. 210* —  
*les juges Slatter, Berger et Rowbotham*

[18] S'exprimant au nom de la cour, le juge Slatter a convenu que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte. Bien qu'en désaccord avec la conclusion que la question en appel constituait une question touchant véritablement à la compétence, il a conclu que les décisions d'un tribunal administratif assujetties à un droit d'appel prévu par la loi (ou susceptibles d'appel sur autorisation) — plutôt qu'au processus ordinaire de contrôle judiciaire — devraient être soumises à la norme de la décision correcte.

[19] Sur la question de fond, la Cour d'appel a jugé que le par. 467(1) ne conférait pas au Comité le pouvoir d'augmenter une évaluation à la demande de la Ville. Cette dernière n'avait pas le droit de demander une augmentation : le par. 460(3) ne l'autorisait pas à déposer une plainte. À l'instar du juge en cabinet, la cour a statué que le pouvoir de la Ville de corriger des erreurs (art. 305) ne s'appliquait pas en l'espèce, parce qu'il n'y avait pas d'erreur; la Ville avait simplement changé d'avis. La Cour d'appel a conclu que le Comité avait eu tort de hausser l'évaluation et elle a rejeté l'appel de la Ville.

## V. Analyse

### A. *Norme de contrôle*

[20] Dans la présente affaire, le juge Slatter a affirmé : [TRADUCTION] « Peut-être un jour pourrions-nous rédiger un jugement comme celui-ci sans avoir à disserter longuement sur la norme de contrôle applicable » (par. 11). Ce jour n'est pas encore arrivé, mais il approche peut-être. Dans l'arrêt *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 720, ma collègue la juge Abella s'est dite intéressée à revoir le cadre relatif à la norme de contrôle. Les juges majoritaires ont reconnu les efforts déployés par celle-ci en vue de stimuler la discussion sur le moyen de clarifier ou de simplifier notre jurisprudence sur la norme de contrôle dans le

for any future direction. However, any recalibration of our jurisprudence should await full submissions. This appeal was argued on the basis of our current jurisprudence and I proceed accordingly.

[21] The *Dunsmuir* framework balances two important competing principles: legislative supremacy, which requires the courts to respect the choice of Parliament or a legislature to assign responsibility for a given decision to an administrative body; and the rule of law, which requires that the courts have the last word on whether an administrative body has acted within the scope of its lawful authority (paras. 27-31).

(1) Presumption of Reasonableness

[22] Unless the jurisprudence has already settled the applicable standard of review (*Dunsmuir*, at para. 62), the reviewing court should begin by considering whether the issue involves the interpretation by an administrative body of its own statute or statutes closely connected to its function. If so, the standard of review is presumed to be reasonableness (*Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 46). This presumption of deference on judicial review respects the principle of legislative supremacy and the choice made to delegate decision making to a tribunal, rather than the courts. A presumption of deference on judicial review also fosters access to justice to the extent the legislative choice to delegate a matter to a flexible and expert tribunal provides parties with a speedier and less expensive form of decision making.

[23] The *Dunsmuir* framework provides a clear answer in this case. The substantive issue here — whether the Board had the power to increase the assessment — turns on the interpretation of s. 467(1)

but de favoriser la certitude et la prévisibilité. À mon avis, les principes établis dans *Dunsmuir* devraient servir d'assise à l'établissement de toute orientation future. Cependant, il est préférable d'attendre de disposer d'observations complètes pour procéder à un rajustement de notre jurisprudence. La cause a été plaidée sur la base de notre jurisprudence actuelle et je vais l'analyser en conséquence.

[21] Le cadre énoncé dans l'arrêt *Dunsmuir* met en balance deux principes importants et concurrents : la suprématie législative, qui oblige les cours de justice à respecter la décision du Parlement ou d'une législature de confier un pouvoir décisionnel donné à un organisme administratif, et la primauté du droit, qui exige que ces mêmes cours aient le dernier mot quant à savoir si un organisme administratif a agi dans les limites du pouvoir que lui confère la loi (par. 27-31).

(1) Présomption d'application de la norme de la décision raisonnable

[22] À moins que la jurisprudence n'établisse déjà la norme de contrôle applicable (*Dunsmuir*, par. 62), la cour de révision doit d'abord se demander si elle est en présence d'une question portant sur l'interprétation par un organisme administratif de sa propre loi constitutive ou d'une loi étroitement liée à son mandat. Dans l'affirmative, la norme de contrôle applicable est présumée être celle de la décision raisonnable (*Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 46). La présomption de déférence en cas de contrôle judiciaire respecte le principe de la suprématie législative et la décision de déléguer le pouvoir décisionnel à un tribunal administratif plutôt qu'aux cours de justice. Cette présomption favorise également l'accès à la justice dans la mesure où le choix du législateur de déléguer une question à un tribunal administratif souple et spécialisé assure aux parties un processus décisionnel plus rapide et moins coûteux.

[23] Le cadre établi dans l'arrêt *Dunsmuir* fournit une réponse claire en l'espèce. La question de fond que soulève la présente affaire — soit celle de savoir si le Comité avait le pouvoir d'augmenter

of the *MGA*, the Board’s home statute. The standard of review is presumed to be reasonableness.

(2) Categories That Rebut the Presumption of Reasonableness

[24] The four categories of issues identified in *Dunsmuir* which call for correctness are constitutional questions regarding the division of powers, issues “both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator’s specialized area of expertise”, “true questions of jurisdiction or *vires*”, and issues “regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals” (paras. 58–61). When the issue falls within a category, the presumption of reasonableness is rebutted, the standard of review is correctness and no further analysis is required (*Canadian Artists’ Representation v. National Gallery of Canada*, 2014 SCC 42, [2014] 2 S.C.R. 197, at para. 13; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at para. 22).

(a) *Is the Issue on Appeal a True Question of Jurisdiction?*

[25] The chambers judge found, and the Company submits, that whether the Board had the power to increase the assessment is a true question of jurisdiction reviewable on correctness. The Court of Appeal did not agree that this issue was a true question of jurisdiction.

[26] This category is “narrow” and these questions, assuming they indeed exist, are rare (*Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615, at para. 39; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta*

l’évaluation — concerne l’interprétation du par. 467(1) de la *MGA*, la loi constitutive du Comité. La norme de contrôle applicable est présumée être celle de la décision raisonnable.

(2) Catégories de questions permettant de réfuter la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable

[24] Les quatre catégories de questions qui, suivant l’arrêt *Dunsmuir*, commandent l’application de la norme de la décision correcte sont les questions constitutionnelles touchant au partage des compétences, les questions qui sont « à la fois, d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère[s] au domaine d’expertise de l’arbitre », les questions « touchant véritablement à la compétence », et les questions relatives à la « délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents » (par. 58–61). Lorsque la question relève de l’une de ces catégories, la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable est réfutée, la norme de la décision correcte s’applique et aucune autre analyse n’est nécessaire (*Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts du Canada*, 2014 CSC 42, [2014] 2 R.C.S. 197, par. 13; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 22).

a) *La question en appel constitue-t-elle une question touchant véritablement à la compétence?*

[25] Le juge en cabinet a conclu — et la Société soutient — que la question de savoir si le Comité avait le pouvoir de hausser l’évaluation constitue une question qui touche véritablement à la compétence et est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte. La Cour d’appel n’a pas considéré qu’il s’agissait d’une telle question.

[26] Cette catégorie est « restreinte » et ces questions, si tant est qu’elles existent, sont rares (*Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615, par. 39; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’*

*Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paras. 33-34). It is clear here that the Board may hear a complaint about a municipal assessment. The issue is simply one of interpreting the Board's home statute in the course of carrying out its mandate of hearing and deciding assessment complaints. No true question of jurisdiction arises.

- (b) *Is a Statutory Right of Appeal a New Category of Correctness?*

[27] The Court of Appeal concluded that when the decisions of a tribunal are subject to a statutory right of appeal (or a right to apply for leave to appeal), rather than ordinary judicial review, the standard of review on such appeals is correctness. It determined that a statutory appeal should be recognized as “an addition to or a variation of” the list of correctness categories enumerated in *Dunsmuir* (Court of Appeal reasons, at para. 24). Slatter J.A. reasoned that the existence of a statutory right of appeal is a strong indication that the legislature intended the courts to show less deference than they would in an ordinary judicial review.

[28] I disagree. In my view, recognizing issues arising on statutory appeals as a new category to which the correctness standard applies — as the Court of Appeal did in this case — would go against strong jurisprudence from this Court.

[29] At least six recent decisions of this Court have applied a reasonableness standard on a statutory appeal from a decision of an administrative tribunal (*McLean*; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC

*Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 33-34). Il est clair en l'espèce que le Comité peut entendre une plainte relative à une évaluation municipale. La question porte simplement sur l'interprétation par le Comité de sa loi constitutive dans l'exécution de son mandat consistant à entendre et à trancher les plaintes en matière d'évaluation. Aucune question touchant véritablement à la compétence ne se pose.

- b) *Les questions visées par un droit d'appel prévu par la loi constituent-elles une nouvelle catégorie de questions à laquelle s'applique la norme de la décision correcte?*

[27] La Cour d'appel a conclu que, lorsque les décisions d'un tribunal administratif sont assujetties à un droit d'appel prévu par la loi (ou susceptibles d'appel sur autorisation) — plutôt qu'au processus ordinaire de contrôle judiciaire —, la norme de contrôle applicable en appel est celle de la décision correcte. Elle a statué que les questions se soulevant dans le cadre d'un appel prévu par la loi devraient être considérées comme [TRADUCTION] « un ajout ou une modification » à la liste des catégories de questions à laquelle s'applique la norme de la décision correcte selon l'arrêt *Dunsmuir* (motifs de la Cour d'appel, par. 24). Le juge Slatter a expliqué que l'existence d'un droit d'appel légal tendait fortement à indiquer que le législateur avait voulu que les cours de justice fassent preuve d'une déférence moindre que lors d'un contrôle judiciaire ordinaire.

[28] Je ne peux souscrire à cette conclusion. À mon avis, il serait contraire à la jurisprudence bien établie de la Cour de considérer — comme l'a fait la Cour d'appel en l'espèce — que les questions se soulevant dans le cadre d'un appel prévu par la loi forment une nouvelle catégorie de questions à laquelle s'applique la norme de la décision correcte.

[29] Dans au moins six arrêts récents, la Cour a appliqué la norme de la décision raisonnable dans un appel formé en vertu de la loi contre la décision d'un tribunal administratif (*McLean*; *Smith c. Alliance*

7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications*, 2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764; *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; *Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 SCC 44, [2015] 3 S.C.R. 147; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Utilities Commission)*, 2015 SCC 45, [2015] 3 S.C.R. 219).

[30] In *Saguenay*, this Court confirmed that whenever a court reviews a decision of an administrative tribunal, the standard of review “must be determined on the basis of administrative law principles . . . regardless of whether the review is conducted in the context of an application for judicial review or of a statutory appeal” (para. 38, per Gascon J.; see also *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at paras. 17, 21, 27 and 36; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247, at paras. 2 and 21).

[31] The Court of Appeal relied on this Court’s decision in *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161, where the statutory appeal clause was referred to when finding the standard of review was correctness (para. 36). However, the Court in *Tervita* relied upon the unique statutory language of that particular appeal clause: a decision of the tribunal was appealable “as if it were a judgment of the Federal Court” (*Competition Tribunal Act*, R.S.C. 1985, c. 19 (2nd Supp.), s. 13(1)). Obviously, judgments of the Federal Court do not benefit from deference on appeal (except on questions of fact, for entirely different reasons). *Tervita* does not stand for the proposition that all issues arising on all statutory appeals are reviewable on the correctness standard.

*Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; *Ontario (Commission de l’énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Utilities Commission)*, 2015 CSC 45, [2015] 3 R.C.S. 219).

[30] Dans l’arrêt *Saguenay*, notre Cour a confirmé que, chaque fois qu’une cour de justice contrôle la décision d’un tribunal administratif, la norme d’intervention « doit être déterminée en fonction des principes du droit administratif [. . .] lorsque le contrôle s’exerce par suite d’une demande de révision judiciaire, mais aussi lorsqu’il procède par voie d’appel prévu par une loi » (par. 38, le juge Gascon; voir aussi *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, par. 17, 21, 27 et 36; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247, par. 2 et 21).

[31] La Cour d’appel s’est appuyée sur l’arrêt *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, dans lequel notre Cour s’est référée à la disposition législative créant le droit d’appel pour conclure à l’application de la norme de la décision correcte (par. 36). Cependant, dans *Tervita*, notre Cour s’est fondée sur le libellé particulier de cette disposition : les décisions du tribunal sont susceptibles d’appel « tout comme s’il s’agissait de jugements de la Cour fédérale » (*Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. 1985, c. 19 (2<sup>e</sup> suppl.), par. 13(1)). De toute évidence, les jugements de la Cour fédérale n’appellent pas la déférence en appel (sauf à l’égard des questions de fait, et ce, pour des motifs tout à fait différents). L’arrêt *Tervita* ne permet pas d’affirmer que toute question se soulevant dans tout appel prévu par la loi est susceptible de contrôle suivant la norme de la décision correcte.

### (3) Contextual Analysis

[32] The Court of Appeal also conducted a review of the relevant contextual factors to support the conclusion that the standard of review is correctness. The presumption of reasonableness may be rebutted if the context indicates the legislature intended the standard of review to be correctness (*Saguenay*, at para. 46; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at para. 16).

[33] The presumption of reasonableness is grounded in the legislature's choice to give a specialized tribunal responsibility for administering the statutory provisions, and the expertise of the tribunal in so doing. Expertise arises from the specialization of functions of administrative tribunals like the Board which have a habitual familiarity with the legislative scheme they administer: “. . . in many instances, those working day to day in the implementation of frequently complex administrative schemes have or will develop a considerable degree of expertise or field sensitivity to the imperatives and nuances of the legislative regime” (*Dunsmuir*, at para. 49, quoting D. J. Mullan, “Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?” (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, at p. 93; see also *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 25). Expertise may also arise where legislation requires that members of a given tribunal possess certain qualifications. However, as with judges, expertise is not a matter of the qualifications or experience of any particular tribunal member. Rather, expertise is something that inheres in a tribunal itself as an institution: “. . . at an institutional level, adjudicators . . . can be presumed to hold relative expertise in the interpretation of the legislation that gives them their mandate, as well as related legislation that they might often encounter in the course of their functions” (*Dunsmuir*, at para. 68). As this Court has often remarked, courts “may not be as well qualified as a given agency to provide interpretations of that agency's constitutive statute that make sense given

### (3) Analyse contextuelle

[32] La Cour d'appel a également examiné les facteurs contextuels pertinents qui permettent d'étayer la conclusion selon laquelle la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. La présomption d'application de la norme de la décision raisonnable peut être réfutée si le contexte indique que le législateur a voulu que la norme de contrôle applicable soit celle de la décision correcte (*Saguenay*, par. 46; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 16).

[33] La présomption d'application de la norme de la décision raisonnable repose sur le choix du législateur de confier à un tribunal administratif spécialisé la responsabilité d'appliquer les dispositions législatives, ainsi que sur l'expertise de ce tribunal en la matière. L'expertise découle de la spécialisation des fonctions des tribunaux administratifs qui, comme le Comité, appliquent un régime législatif qui leur est familier : [TRADUCTION] « . . . dans beaucoup de cas, les personnes qui se consacrent quotidiennement à l'application de régimes administratifs souvent complexes possèdent ou acquièrent une grande connaissance ou sensibilité à l'égard des impératifs et des subtilités des régimes législatifs en cause » (*Dunsmuir*, par. 49, citant D. J. Mullan, « Establishing the Standard of Review : The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, p. 93; voir aussi *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 25). L'expertise peut aussi découler du fait que la loi exige que les membres d'un tribunal administratif donné possèdent certaines qualifications. Cependant, comme dans le cas des juges, l'expertise n'est pas une question touchant aux qualifications ou à l'expérience d'un membre donné d'un tribunal administratif. C'est plutôt quelque chose d'inhérent au tribunal administratif en tant qu'institution : « . . . sur le plan institutionnel, on peut présumer que les arbitres [. . .] possèdent une expertise relative dans l'interprétation de la loi dont ils tiennent leur mandat ainsi que des dispositions législatives connexes qu'ils

the broad policy context within which that agency must work” (*McLean*, at para. 31, quoting *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at p. 1336, per Wilson J.).

[34] As discussed, this Court has often applied a reasonableness standard on a statutory appeal from an administrative tribunal, even when the appeal clause contained a leave requirement and limited appeals to questions of law (see, e.g., *Sattva*), or to questions of law or jurisdiction (see, e.g., *McLean*, *Smith*, *Bell Canada*). In light of this strong line of jurisprudence — combined with the absence of unusual statutory language like that at issue in *Tervita* — there was no need for the Court of Appeal to engage in a long and detailed contextual analysis. Inevitably, the result would have been the same as in those cases. The presumption of reasonableness is not rebutted.

[35] I would add this comment. The contextual approach can generate uncertainty and endless litigation concerning the standard of review. Subject to constitutional constraints, the legislature can specify the applicable standard of review. In British Columbia, for example, the legislature has displaced almost the entire common law on the standard of review (see the *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, ss. 58 and 59). Unfortunately, clear legislative guidance on the standard of review is not common.

sont souvent appelés à appliquer dans l’exercice de leurs fonctions » (*Dunsmuir*, par. 68). Comme l’a souvent fait remarquer la Cour, une cour de justice « [n’est] peut-être pas aussi bien qualifié[e] qu’un organisme administratif déterminé pour donner à la loi constitutive de cet organisme des interprétations qui ont du sens compte tenu du contexte des politiques générales dans lequel doit fonctionner cet organisme » (*McLean*, par. 31, citant *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, p. 1336, la juge Wilson).

[34] Comme je l’ai déjà expliqué, la Cour a souvent appliqué la norme de la décision raisonnable en cas d’appel formé en vertu de la loi contre la décision d’un tribunal administratif, et ce, même lorsque la disposition établissant le droit d’appel imposait l’obligation d’obtenir une autorisation et limitait les appels aux questions de droit (voir, p. ex., *Sattva*), ou aux questions de droit ou de compétence (voir, p. ex., *McLean*, *Smith* et *Bell Canada*). À la lumière de ce fort courant jurisprudentiel — conjugué à l’absence de libellé législatif inhabituel comme celui qui est en cause dans *Tervita* — la Cour d’appel n’avait pas besoin de procéder à une analyse contextuelle longue et détaillée. Le résultat aurait inévitablement été le même que dans les affaires susmentionnées. La présomption d’application de la norme de la décision raisonnable n’est pas réfutée.

[35] J’ajouterais le commentaire suivant. Le recours à une analyse contextuelle peut être source d’incertitude et d’interminables litiges au sujet de la norme de contrôle applicable. Sous réserve des limites d’ordre constitutionnel, le législateur peut indiquer la norme de contrôle qui s’applique. En Colombie-Britannique, par exemple, le législateur a écarté presque toutes les règles de common law relatives à la norme de contrôle (voir la loi intitulée *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, art. 58 et 59). Malheureusement, il est peu fréquent de trouver des indications claires à cet égard dans les lois pertinentes.

B. *Was It Reasonable for the Board to Find It Could Increase the Assessment?*

(1) Reasonableness Review in the Absence of Reasons

[36] A decision cannot be reasonable unless it “falls within a range of possible, acceptable outcomes” (*Dunsmuir*, at para. 47, per Bastarache and LeBel JJ.). Reasonableness is also concerned with “the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process” (*ibid.*). When a tribunal does not give reasons, it makes the task of determining the justification and intelligibility of the decision more challenging.

[37] When procedural fairness requires a tribunal to provide some form of reasons, a complete failure to do so will amount to an error of law (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at paras. 20-22).

[38] However, when a tribunal’s failure to provide any reasons does not breach procedural fairness, the reviewing court may consider the reasons “which could be offered” in support of the decision (*Dunsmuir*, at para. 48, quoting D. Dyzenhaus, “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286). In appropriate circumstances, this Court has, for example, drawn upon the reasons given by the same tribunal in other decisions (*Alberta Teachers*, at para. 56) and the submissions of the tribunal in this Court (*McLean*, at para. 72).

[39] The City gave the Company notice that it would be seeking to increase the assessment. In its written submissions to the Board, the City ultimately requested that the Board increase the assessment. The Company filed a lengthy response to the City’s submissions and evidence. At the hearing, the Company argued that the City’s proper role was “defend the assessment” and “respond to the evidence provided by the complainant”. However, in response to a question from the Board, the Company

B. *Était-il raisonnable pour le Comité de conclure qu’il pouvait augmenter l’évaluation?*

(1) Examen du caractère raisonnable en l’absence de motifs

[36] Une décision n’est raisonnable que si elle appartient « aux issues possibles acceptables » (*Dunsmuir*, par. 47, les juges Bastarache et LeBel). Le caractère raisonnable tient aussi à « la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel » (*ibid.*). Lorsqu’un tribunal ne motive pas sa décision, il devient plus difficile de se prononcer sur sa justification et sur son intelligibilité.

[37] Lorsque l’équité procédurale exige du tribunal administratif une forme quelconque de motivation, l’absence complète de motifs équivaudra à une erreur de droit (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 20-22).

[38] Toutefois, lorsque l’omission par un tribunal administratif de motiver sa décision ne porte pas atteinte à l’équité procédurale, la cour de révision peut tenir compte des motifs [TRADUCTION] « qui pourraient être donnés » à l’appui de la décision (*Dunsmuir*, par. 48, citant D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 286). Dans certaines circonstances, la Cour s’est par exemple fondée sur les motifs donnés par le même tribunal dans d’autres décisions (*Alberta Teachers*, par. 56) et sur l’argumentation qu’il a présentée devant elle (*McLean*, par. 72).

[39] La Ville a avisé la Société qu’elle solliciterait l’augmentation de l’évaluation. Dans ses observations écrites au Comité, elle a finalement demandé à celui-ci d’augmenter l’évaluation. La Société a déposé une très longue réponse aux observations et à la preuve produites par la Ville. À l’audience, elle a soutenu que, concrètement, le rôle de la Ville consistait à [TRADUCTION] « défendre le bien-fondé de son évaluation » et à « répondre à la preuve produite par la plaignante ». Cependant, en réponse à une

clarified that it was not disputing the Board’s power to increase the assessment in this case:

[Counsel for the City] has suggested that we are taking issue with your jurisdiction to make a change. We’re not. The legislation certainly allows the Assessment Review Board to decrease or increase the assessment. You have that power.

(A.R., vol. 2, at p. 85)

[40] Therefore, it is hardly surprising the Board did not explain why it was of the view that it could increase the assessment: the Company expressly conceded the point. Parties “cannot gut the deference owed to a tribunal by failing to raise the issue before the tribunal and thereby mislead the tribunal on the necessity of providing reasons” (*Alberta Teachers*, at para. 54). Accordingly, I shall review the Board’s decision in light of the reasons which *could be* offered in support of it.

(2) Was the Board’s Decision Reasonable?

[41] The Board proceeded on the basis that s. 467(1) allowed it to increase the assessment at the City’s request. In my view, this was a reasonable interpretation of the legislation.

[42] Section 467(1) reads:

**467(1)** An assessment review board may, with respect to any matter referred to in section 460(5), make a change to an assessment roll or tax roll or decide that no change is required.

[43] Section 460 provides in relevant part:

**460(1)** A person wishing to make a complaint about any assessment or tax must do so in accordance with this section.

question du Comité, la Société a précisé qu’elle ne contestait pas le pouvoir de ce dernier d’augmenter l’évaluation en l’espèce :

[TRADUCTION] [L’avocat de la Ville] laisse entendre que nous contestons votre pouvoir de modification. Ce n’est pas le cas. La loi permet certainement au comité de révision des évaluations de réduire ou d’augmenter l’évaluation. Vous détenez ce pouvoir.

(d.a., vol. 2, p. 85)

[40] Il n’est donc guère surprenant que le Comité n’ait pas expliqué pourquoi il était d’avis qu’il pouvait augmenter l’évaluation : la Société a expressément concédé ce point. Les parties « ne sauraient, en omettant de soulever une question et en induisant ainsi le tribunal administratif en erreur quant à la nécessité de motiver sa décision, écarter la déférence due au tribunal administratif » (*Alberta Teachers*, par. 54). J’examinerai donc la décision du Comité à la lumière des motifs qui *pourraient être* donnés à l’appui de celle-ci.

(2) La décision du Comité était-elle raisonnable?

[41] Le Comité a considéré que le par. 467(1) l’autorisait à augmenter l’évaluation à la demande de la Ville. À mon avis, il s’agissait là d’une interprétation raisonnable de la loi.

[42] Le paragraphe 467(1) est rédigé ainsi :

[TRADUCTION]

**467(1)** Le comité de révision des évaluations peut, à l’égard de tout point mentionné au paragraphe 460(5), modifier le rôle d’évaluation ou le rôle d’imposition, ou décider qu’aucun changement n’est requis.

[43] Voici l’extrait pertinent de l’art. 460 :

[TRADUCTION]

**460(1)** Quiconque souhaite déposer une plainte concernant une évaluation ou une imposition doit se conformer au présent article.

(3) A complaint may be made only by an assessed person or a taxpayer.

. . .

(5) A complaint may be about any of the following matters, as shown on an assessment or tax notice:

(a) the description of a property or business;

. . .

(c) an assessment;

[44] In a case that raised the same issue (*Edmonton (City) v. Army & Navy Department Stores Ltd.*, [2002] A.M.G.B.O. No. 126 (QL)), the Alberta Municipal Government Board (which formerly heard appeals from the Board and had similar expertise) discerned the meaning of s. 467(1) by examining the words of the provision in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, in harmony with the object and scheme of the *MGA*. This is consistent with this Court's well-established approach to statutory interpretation (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21).

[45] On its face, the language of s. 467(1) empowers the Board to “change” an assessment with respect to “any matter referred to in section 460(5)”. Section 460(5) references “an assessment” of value. As the Municipal Government Board reasonably observed in *Army & Navy* (at para. 114), as a matter of ordinary language, the word “change” includes “increase”.

[46] This grammatical and ordinary meaning of s. 467(1) is consistent with the purpose of the *MGA*. The Court of Appeal said that the broad term “change” was used because some of the matters that can be subject to complaint, for example, the “description of a property” (s. 460(5)(a)), are not numerical in nature. However, the Municipal Government Board in *Army & Navy* noted that to interpret “change” to mean only “confirm or lower” would

(3) La plainte peut être déposée uniquement par la personne visée ou par un contribuable.

. . .

(5) La plainte peut porter sur l'un ou l'autre des points suivants, tels qu'ils figurent sur l'avis d'évaluation ou d'imposition :

(a) la description d'une propriété ou d'une entreprise;

. . .

(c) une évaluation;

[44] Dans une affaire soulevant la même question (*Edmonton (City) c. Army & Navy Department Stores Ltd.*, [2002] A.M.G.B.O. No. 126 (QL)), l'organisme albertain appelé Municipal Government Board (« Commission municipale », qui entendait autrefois les appels des décisions du Comité et possédait une expertise semblable) a dégagé le sens du par. 467(1) en interprétant les termes de la disposition eu égard au contexte global et au sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie générale et l'objet de la *MGA*. Cette approche est compatible avec la méthode d'interprétation législative bien établie de notre Cour (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21).

[45] Suivant le texte du par. 467(1), cette disposition confère au Comité le pouvoir de [TRADUCTION] « modifier » une évaluation à l'égard « de tout point mentionné au paragraphe 460(5) ». Il est fait mention, au par. 460(5), d'« une évaluation » de la valeur. Comme l'a raisonnablement fait observer la Commission municipale dans *Army & Navy* (par. 114), en langage courant, le verbe « modifier » signifie notamment « augmenter ».

[46] Cette interprétation du par. 467(1) basée sur le sens grammatical et ordinaire de son texte est compatible avec l'objet de la *MGA*. La Cour d'appel a dit que l'utilisation du mot général [TRADUCTION] « modifier » s'explique par le fait que certains des points sur lesquels peut porter une plainte, par exemple la « description d'une propriété » (al. 460(5)(a)), ne sont pas de nature numérique. Cependant, dans *Army & Navy*, la Commission municipale a souligné

frustrate the overarching intent of the *MGA*, being to ensure that assessments are “current, correct, fair and equitable” (para. 114). This reasoning is compelling. The importance of fairness and equity to the assessment process is repeatedly emphasized throughout the *MGA*: for example, s. 293(1) provides that property assessors are subject to an overarching duty to prepare the assessment “in a fair and equitable manner”; s. 467(3) directs the Board to consider fairness and equity when making its decisions; and s. 324(1) provides that the Minister of Municipal Affairs may quash an assessment if the Minister is of the opinion that it is not fair and equitable. As the Board emphasizes in its submissions, if it cannot increase an assessment that is below market value, other taxpayers would effectively bear more than their fair share of the overall tax burden. It was reasonable for the Board to conclude that such a result would run contrary to — not further — the *MGA*’s objects.

[47] The Board is not simply an adjudicator responding only to the parties’ record and submissions, as evidenced by its inquisitorial powers (s. 465) and power to refer an assessment to the Minister even when it is not the subject of a complaint (s. 476.1). Within the complaints process, the Board’s role is to determine whether the assessment is fair and equitable (s. 467(3)). Outside the complaints process, the Board may refer an assessment it “considers unfair and inequitable” to the Minister, who may investigate or quash the assessment (s. 476.1). Interpreting s. 467(1) in the manner urged by the Board is consistent with its mandate under ss. 467(3) and 476.1 of ensuring assessments are fair and equitable.

[48] The Board’s view that s. 467(1) allows it to increase an assessment is also consistent with the scheme of the *MGA*.

qu’en donnant au verbe « modifier » le sens exclusif de [TRADUCTION] « confirmer ou réduire », on porterait atteinte à l’objectif fondamental de la *MGA*, soit de faire en sorte que les évaluations soient « à jour, exactes, justes et équitables » (par. 114). Ce raisonnement est convaincant. L’importance d’un processus d’évaluation juste et équitable est soulignée à plusieurs reprises dans la *MGA* : par exemple, le par. 293(1) dispose que les évaluateurs fonciers sont assujettis à une obligation fondamentale de préparer des évaluations qui soient [TRADUCTION] « justes et équitables », le par. 467(3) exige du Comité qu’il tienne compte de la justice et de l’équité lorsqu’il rend une décision et le par. 324(1) prévoit que le ministre des affaires municipales peut annuler une évaluation s’il estime que celle-ci n’est pas juste et équitable. Comme le souligne le Comité dans ses observations, s’il ne peut pas augmenter une évaluation qui est inférieure à la valeur marchande, ce sont d’autres contribuables qui, dans les faits, devront supporter plus que leur juste part du fardeau fiscal global. Il était raisonnable pour le Comité de conclure qu’un tel résultat irait à l’encontre des objectifs de la *MGA* plutôt que de favoriser leur réalisation.

[47] Le Comité n’est pas simplement un arbitre se basant uniquement sur le dossier et les observations présentées par les parties, comme en témoignent ses pouvoirs de nature inquisitoire (art. 465) et son pouvoir de renvoyer une évaluation au ministre même si celle-ci n’est pas visée par une plainte (art. 476.1). Dans le cadre du processus de contestation, le rôle du Comité consiste à déterminer si l’évaluation est juste et équitable (par. 467(3)). À l’extérieur de ce processus, le Comité peut renvoyer une évaluation qu’il [TRADUCTION] « estime injuste et inéquitable » au ministre, lequel peut mener une enquête sur celle-ci ou l’annuler (art. 476.1). L’interprétation du par. 467(1) préconisée par le Comité s’accorde avec le mandat que lui confèrent le par. 467(3) et l’art. 476.1, soit de s’assurer que les évaluations sont justes et équitables.

[48] Le point de vue du Comité selon lequel le par. 467(1) lui permet d’augmenter une évaluation s’accorde également avec l’économie générale de la *MGA*.

[49] Section 460(3) provides that only assessed persons and taxpayers may make complaints. The courts below concluded that municipalities may not seek increases from the Board, for that would be tantamount to making a complaint. The Court of Appeal quoted with approval from *Canadian Natural Resources Ltd. v. Wood Buffalo (Regional Municipality)*, 2012 ABQB 177, 535 A.R. 281: “A complaint belongs to the taxpayer, not the Municipality” (para. 166, per Sulyma J.).

[50] But the scheme of the *MGA* does not require that municipalities be empowered to file a “complaint” against an assessment. The *MGA* provides other mechanisms by which municipalities can change or seek changes to an assessment.

[51] Section 305 provides in relevant part:

**305(1)** If it is discovered that there is an error, omission or misdescription in any of the information shown on the assessment roll,

- (a) the assessor may correct the assessment roll for the current year only, and
- (b) on correcting the roll, an amended assessment notice must be prepared and sent to the assessed person.

(5) If a complaint has been made under section 460 or 488 about an assessed property, the assessor must not correct or change the assessment roll in respect of that property until a decision of an assessment review board or the Municipal Government Board, as the case may be, has been rendered or the complaint has been withdrawn.

[52] Section 305(1) permits an assessor (i.e., a municipality) to correct the assessment role if there is an “error, omission or misdescription”. The Court of Appeal interpreted s. 305(1) as a narrow provision that permits municipalities to correct only minor errors of a typographical or similar nature. This, it said, was consistent with a municipality’s inability

[49] Le paragraphe 460(3) précise que seuls les contribuables et les personnes visées peuvent déposer une plainte. Les cours d’instance inférieure ont conclu que les municipalités ne peuvent pas demander aux comités d’augmenter une évaluation, car cela équivaudrait à déposer une plainte. La Cour d’appel a cité, en l’approuvant, l’extrait suivant de l’arrêt *Canadian Natural Resources Ltd. c. Wood Buffalo (Regional Municipality)*, 2012 ABQB 177, 535 A.R. 281 : [TRADUCTION] « La plainte appartient au contribuable, et non à la municipalité » (par. 166, la juge Sulyma).

[50] Toutefois, l’économie générale de la *MGA* n’exige pas que les municipalités disposent du pouvoir de déposer une « plainte » contre une évaluation. La *MGA* prévoit en effet d’autres mécanismes permettant aux municipalités de modifier une évaluation ou de demander des changements à celle-ci.

[51] Voici l’extrait pertinent de l’art. 305 :

[TRADUCTION]

**305(1)** Si une erreur, une omission ou une mauvaise description est constatée dans les renseignements figurant dans le rôle d’évaluation,

- (a) l’évaluateur ne peut corriger le rôle d’évaluation que pour l’année courante, et
- (b) après correction du rôle, un avis d’évaluation modifié est préparé et envoyé à la personne visée.

(5) Si une plainte relative à une propriété évaluée a été déposée en vertu de l’article 460 ou 488, l’évaluateur ne peut corriger ou modifier le rôle d’évaluation à l’égard de cette propriété tant que le comité de révision des évaluations ou la Commission municipale, selon le cas, n’a pas rendu une décision ou que la plainte n’a pas été retirée.

[52] Le paragraphe 305(1) permet à l’évaluateur (c.-à-d. à la municipalité) de corriger le rôle d’évaluation s’il comporte [TRADUCTION] « une erreur, une omission ou une mauvaise description ». La Cour d’appel a interprété restrictivement le par. 305(1), considérant qu’il permet aux municipalités de corriger seulement les erreurs typographiques mineures

to make a complaint; the statutory scheme intended that the municipality would have to wait until the following year. However, by its ordinary meaning, “error” is not limited to typographical or similar errors. Consistent with the language of the provision, it is reasonable to conclude that s. 305(1) empowers a municipality to change an assessment it later determines is too low — i.e., was made in error. The Municipal Government Board reached this conclusion in *Army & Navy*: “. . . the intent of Section 305 is to allow assessment authorities to correct errors discovered on the assessment roll whether they are of an administrative nature or to do with a change in an assessment” (para. 124).

[53] Nor is the Court of Appeal’s restrictive reading of s. 305(1) required by “Canadian expectations about the imposition of taxes”, specifically the expectation that “retroactive taxation is possible, but not presumed” (para. 39). Although changes to an assessment will often produce tax consequences, the municipal taxing bylaw itself remains constant. Changes to an assessment do not amount to retroactive taxation in the sense that term is normally understood. Rather, an error has been corrected in the underlying assessment. Put simply, the taxpayer’s tax liability now corresponds to what the law provides it always should have been for that year.

[54] Thus, a municipality can directly correct an error in an assessment if no complaint is pending (s. 305(1)) or, if a complaint is pending, the municipality can ask the Board to correct the error and increase the assessment (s. 467(1)). Properly understood, a complaint does not “belong” to anyone. It is a process through which the Board, with assistance from the taxpayer and municipality (and potentially other persons at the Board’s request), determines the correct, fair and equitable value for the assessment.

ou de nature semblable. Cette interprétation, a-t-elle affirmé, s’accorde avec le fait que la municipalité ne peut pas déposer une plainte; le législateur a voulu par ce régime que la municipalité attende l’année suivante pour effectuer la correction. Toutefois, selon son sens ordinaire, le mot « erreur » ne vise pas seulement les erreurs typographiques ou de nature semblable. Compte tenu du libellé de la disposition, il est raisonnable de conclure que le par. 305(1) habilite la municipalité à modifier une évaluation qu’elle juge par la suite trop basse — c.-à-d. établie erronément. C’est la conclusion à laquelle est parvenue la Commission municipale dans la décision *Army & Navy* : [TRADUCTION] « . . . l’art. 305 vise à permettre aux autorités évaluatrices de corriger les erreurs constatées dans le rôle d’évaluation, qu’il s’agisse d’erreurs de nature administrative ou d’erreurs impliquant la modification d’une évaluation » (par. 124).

[53] Les [TRADUCTION] « attentes des Canadiens en matière d’imposition », plus précisément l’attente selon laquelle « une imposition rétroactive est possible, mais ne saurait être présumée », ne commandent pas non plus l’interprétation restrictive que donne la Cour d’appel au par. 305(1) (par. 39). Bien que des modifications apportées à une évaluation entraînent souvent des conséquences fiscales, le règlement municipal en matière d’imposition ne change pas. De telles modifications ne sauraient être assimilées à une imposition rétroactive au sens où s’entend habituellement ce mot. On a plutôt corrigé une erreur dans l’évaluation sous-jacente. Autrement dit, l’impôt à payer par le contribuable correspond maintenant à celui qui légalement aurait toujours dû être exigible pour l’année en cause.

[54] Ainsi, si aucune plainte n’est en instance, la municipalité peut corriger directement une erreur dans une évaluation (par. 305(1)), ou, dans le cas contraire, elle peut demander au comité de corriger l’erreur et d’augmenter l’évaluation (par. 467(1)). Ce qu’il faut comprendre, c’est qu’une plainte [TRADUCTION] « [n’]appartient » à personne. Une plainte s’inscrit dans un processus par lequel le comité, avec l’aide du contribuable et de la municipalité (et peut-être d’autres personnes à la demande du comité), détermine le montant exact, juste et équitable de l’évaluation.

[55] Section 305(5), which provides that an assessor “must not correct or change” an assessment “until a decision of an assessment review board . . . has been rendered or the complaint has been withdrawn”, is designed to protect the integrity of the complaints process. When a taxpayer files a complaint, s. 305(5) prevents the municipality from altering the assessment unilaterally, rendering the complaint moot and potentially leading to a new complaint about the new assessment. Instead of resolving a dispute about a revised assessment in a separate proceeding, the municipality can simply explain at the hearing of the first complaint its reasons for wanting to revise the assessment, and the Board can change the assessment as it deems necessary. In the context of an annual scheme, this pursuit of administrative efficiency makes sense. After the Board has determined the correct assessed value and rendered its decision, s. 305(5) does not prevent the municipality from correcting an error, omission or misdescription in any of the other information shown on the assessment roll (for example, the name and mailing address of the assessed person).

[56] The Company also relies on the *Matters Relating to Assessment Complaints Regulation*, Alta. Reg. 310/2009. The Company notes that a taxpayer has 60 days to review an assessment and file a complaint (s. 309(1)(c) *MGA*), but only 7 days to reply to a municipality’s response to a complaint (*Matters Relating to Assessment Complaints Regulation*, s. 8(2)(b) and (c)). Thus, if a municipality discovers an error outside the complaints process and increases an assessment under s. 305(1), the taxpayer will have 60 days to respond; but if a municipality discovers an error within the complaints process and seeks an increase from the Board, the taxpayer will have only 7 days to respond. The Company says it is implausible that the legislature intended to require a taxpayer to respond much more quickly to a change sought within the complaint process than to one made outside the complaint process, so it must be

[55] Le fait de prévoir au par. 305(5) que l’évaluateur [TRADUCTION] « ne peut corriger ou modifier » une évaluation « tant que le comité de révision des évaluations [. . .] n’a pas rendu une décision ou que la plainte n’a pas été retirée » vise à protéger l’intégrité du processus de contestation. Lorsqu’un contribuable dépose une plainte, le par. 305(5) empêche la municipalité de modifier unilatéralement l’évaluation, ce qui rendrait la plainte théorique et pourrait mener au dépôt d’une nouvelle plainte relativement à la nouvelle évaluation. Les différends relatifs à une évaluation révisée n’ont pas à être tranchés dans le cadre d’une procédure distincte; la municipalité n’a simplement qu’à expliquer lors de l’audition de la plainte initiale les raisons pour lesquelles elle souhaite réviser l’évaluation, et le comité peut modifier celle-ci s’il juge nécessaire de le faire. Dans le contexte d’un régime annuel, cette recherche d’efficacité administrative est logique. Lorsque le comité a établi la bonne valeur imposable et qu’il a rendu sa décision, le par. 305(5) n’empêche pas la municipalité de corriger une erreur, une omission ou une mauvaise description dans les autres renseignements figurant dans le rôle d’évaluation (par exemple, le nom et l’adresse postale de la personne visée).

[56] La Société invoque également le règlement intitulé *Matters Relating to Assessment Complaints Regulation*, Alta. Reg. 310/2009 (le « Règlement »). Elle souligne que le contribuable dispose de 60 jours pour examiner une évaluation et déposer une plainte (al. 309(1)(c) de la *MGA*), mais qu’il a seulement 7 jours pour répliquer à la réponse de la municipalité à la plainte (al. 8(2)(b) et (c) du Règlement). En conséquence, si la municipalité constate une erreur en dehors du processus de contestation et hausse une évaluation en vertu du par. 305(1), le contribuable disposera d’un délai de 60 jours pour réagir; par contre, si la municipalité constate une erreur dans le cadre du processus de contestation et demande au comité d’augmenter une évaluation, le contribuable n’aura que 7 jours pour réagir. La Société fait valoir qu’il est peu plausible que le législateur ait voulu que le contribuable réagisse beaucoup plus rapidement à

that a municipality cannot seek an increase from the Board when a taxpayer complains.

[57] There are two plausible reasons why the legislature would have created a shorter time period for a taxpayer to reply to a municipality's response to its complaint than the time period to file a complaint in the first place. First, the legislature has empowered the Board to grant extensions of time and adjournments: where a municipality does seek an increase in response to a complaint, the Board can ensure the taxpayer has sufficient time to prepare its reply (*Matters Relating to Assessment Complaints Regulation*, ss. 10(2) and 15(1)). Natural justice and fairness require that the taxpayer have enough time to respond, and the statutory scheme accommodates this. Accordingly, any perceived sense of injustice is largely illusory.

[58] Second, in the interests of administrative expediency, it makes sense that the legislature would have established a shorter time horizon within the complaint process. In the normal course, the municipality will respond to a complaint by defending its original assessment. A municipality will respond to a complaint by seeking an increase only when it discovers an error, which is not likely to occur often. By establishing a presumptively shorter time period to reply to a municipality's response to a complaint, while allowing the Board to grant extensions of time when appropriate, the twin goals of administrative efficiency and fairness are both advanced. A lengthier time period for a reply would simply not be required in the majority of cases.

[59] Section 9(4) of the *Matters Relating to Assessment Complaints Regulation* also does not require a restrictive interpretation of "change" in s. 467(1). Section 9(4) of the Regulation relates to ss. 299 and 300 of the *MGA*, which permit an assessed person to ask a municipality for "sufficient information to show how the assessor prepared the

une modification demandée dans le cadre du processus de contestation qu'à une modification effectuée en dehors de ce processus, et qu'en conséquence la municipalité ne peut demander au comité de hausser l'évaluation lorsqu'un contribuable dépose une plainte.

[57] Il existe deux raisons plausibles expliquant pourquoi le législateur accorde au contribuable un délai plus court pour répliquer à la réponse de la municipalité à sa plainte que celui dont il dispose pour déposer cette plainte. Premièrement, le législateur a conféré au comité le pouvoir de proroger les délais et d'accorder des ajournements : lorsque la municipalité sollicite une augmentation en réponse à une plainte, le comité peut faire en sorte que le contribuable dispose d'un délai suffisant pour préparer sa réplique (par. 10(2) et 15(1) du Règlement). La justice naturelle et l'équité exigent que le contribuable dispose d'un délai suffisant pour réagir, et le régime législatif tient compte de cette exigence. Par conséquent, tout sentiment d'injustice perçu à cet égard est largement illusoire.

[58] Deuxièmement, par souci d'efficacité administrative, il est logique que le législateur ait prévu un délai plus court dans le cadre du processus de contestation. En effet, dans le cours normal des choses, la municipalité répond à une plainte en défendant son évaluation initiale. Sa réponse ne prend la forme d'une demande d'augmentation que si elle constate une erreur, ce qui n'arrive probablement pas souvent. L'existence d'un délai a priori plus court pour répliquer à la réponse de la municipalité à une plainte — délai toutefois assorti de la possibilité pour le comité de le proroger au besoin — favorise le double objectif d'efficacité administrative et d'équité. Un délai plus long pour répliquer n'est tout simplement pas nécessaire dans la majorité des cas.

[59] Le paragraphe 9(4) du Règlement n'exige pas lui non plus une interprétation restrictive du mot [TRADUCTION] « modifier » figurant au par. 467(1). Le paragraphe 9(4) se rapporte aux art. 299 et 300 de la *MGA*, lesquels permettent à la personne visée de demander à la municipalité de lui fournir « suffisamment de renseignements indiquant comment

assessment” (s. 299) of their property or any other property. Section 9(4) of the Regulation provides that the Board “must not hear any evidence from a municipality relating to information that was requested by a complainant under section 299 or 300 of the Act but was not provided to the complainant”.

[60] As the heading of s. 9 of the Regulation — “Failure to disclose” — makes clear, s. 9(4) simply provides a remedy for non-disclosure. For example, if the municipality has information relating to an assessment and does not, upon request, disclose it under s. 299 or s. 300, then the municipality cannot rely on that information before the Board. This is a traditional remedy for non-disclosure of evidence. Properly understood, s. 9(4) does not preclude a municipality from changing its mind about an assessment and leading evidence to support its position, as long as it discloses the evidence within the prescribed time limit. Section 8(2)(b) of the Regulation establishes that time limit: it requires the municipality to disclose its evidence at least 14 days before the hearing. This paragraph would serve little purpose if the municipality’s entire case already had to be disclosed to a complainant under s. 299 or s. 300. It is therefore unsurprising that s. 299 and s. 300 were not raised by the parties or addressed in the decisions below.

[61] To conclude, it was reasonable for the Board to interpret s. 467(1) to permit it to increase the assessment at the City’s request. As the Municipal Government Board concluded in *Army & Navy*, this interpretation is consistent with the ordinary meaning of “change” and the overarching policy goal of the *MGA*, to ensure assessments are correct, fair and equitable. The alternative would permit taxpayers to use the complaints process to prevent assessments made in error from being corrected, thereby frustrating the *MGA*’s purpose.

l’évaluateur a établi l’évaluation » (art. 299) de sa propriété ou de toute autre propriété. Il précise que le comité [TRADUCTION] « ne peut considérer des éléments de preuve d’une municipalité qui portent sur des renseignements qui ont été demandés par un plaignant en vertu de l’art. 299 ou 300 de la Loi, mais ne lui ont pas été fournis ».

[60] Comme l’indique clairement l’intertitre précédant l’art. 9 du Règlement — [TRADUCTION] « Absence de communication » —, le par. 9(4) constitue simplement une mesure de réparation en cas de non-communication. À titre d’exemple, si la municipalité possède des renseignements relativement à une évaluation, mais ne les communique pas, sur demande, conformément à l’art. 299 ou à l’art. 300, elle ne peut se fonder sur ces renseignements devant le comité. Il s’agit là d’une réparation traditionnelle en cas de non-communication d’éléments de preuve. Bien interprété, le par. 9(4) n’empêche pas une municipalité de changer d’avis à l’égard d’une évaluation et de présenter des éléments de preuve à l’appui de cette décision, dans la mesure où elle communique ces éléments dans le délai prescrit. Ce délai est prévu à l’al. 8(2)(b) du Règlement, lequel exige que la municipalité communique sa preuve au moins 14 jours avant l’audience. Cet alinéa serait de peu d’utilité si toute la preuve de la municipalité devait déjà être communiquée au plaignant suivant l’art. 299 ou l’art. 300. Il n’est donc pas surprenant que ces dispositions n’aient pas été soulevées par les parties ou examinées dans les décisions des instances inférieures.

[61] En conclusion, il était raisonnable pour le Comité de considérer que le par. 467(1) lui permettait d’augmenter l’évaluation à la demande de la Ville. Comme a conclu la Commission municipale dans *Army & Navy*, cette interprétation s’accorde avec le sens ordinaire du mot [TRADUCTION] « modifier » et l’objectif fondamental de la *MGA*, c’est-à-dire faire en sorte que les évaluations soient exactes, justes et équitables. Conclure autrement aurait pour effet que les contribuables pourraient se servir du processus de contestation pour empêcher la correction d’évaluations établies erronément, situation qui ferait obstacle à la réalisation de l’objet de la *MGA*.

## VI. Conclusion

[62] The standard of review is reasonableness and the Board's decision was reasonable. Accordingly, I would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal and reinstate the Board's decision. I would award the City its costs in this Court and the courts below, payable by the Company only. I would not award costs to or against the Board.

The reasons of McLachlin C.J. and Moldaver, Côté and Brown JJ. were delivered by

CÔTÉ AND BROWN JJ. (dissenting) —

### I. Introduction

[63] We are of the view that the appropriate standard of review of the City of Edmonton Assessment Review Board's decision is correctness. The legislature of Alberta created a municipal assessment complaints regime that allows certain questions squarely within the expertise of an assessment review board to be reviewed on a deferential standard through the ordinary mechanism of judicial review. The legislature, however, also designated certain questions of law and jurisdiction — for which standardized answers are necessary across the province — to be the subject of an appeal to the Court of Queen's Bench. Where the court quashes a decision, its answers to these questions are binding on the Board. This leads to the unavoidable conclusion that the legislature intended correctness review to be applied to these questions.

[64] As to the merits, we are of the view that the Board's decision in this case should be quashed. Assessment review boards have jurisdiction only to adjudicate the issues that are raised in the assessed person's complaint form. The Board in this case erred by hearing and partially accepting the City of Edmonton's new and revised assessment based on an entirely new classification, one which was not the

## VI. Conclusion

[62] La norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable et la décision du Comité satisfait à cette norme. Par conséquent, j'accueillerais le pourvoi, j'annulerais la décision de la Cour d'appel et je rétablirais la décision du Comité. J'accorderais aussi à la Ville ses dépens devant notre Cour et devant les cours d'instance inférieure, payables par la Société seulement. Je n'adjugerais aucuns dépens en faveur ou à l'encontre du Comité.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Moldaver, Côté et Brown rendus par

LES JUGES CÔTÉ ET BROWN (dissidents) —

### I. Introduction

[63] Nous sommes d'avis que la norme de contrôle applicable à la décision du Comité de révision des évaluations de la Ville d'Edmonton (« Comité ») est celle de la décision correcte. Le législateur albertain a créé un régime de contestation des évaluations municipales qui permet que certaines questions relevant clairement de l'expertise du comité de révision soient contrôlées selon une norme déférente dans le cadre du processus ordinaire de contrôle judiciaire. Toutefois, le législateur a également prévu que certaines questions de droit et de compétence — auxquelles des réponses uniformes sont nécessaires partout dans la province — doivent faire l'objet d'un appel devant la Cour du Banc de la Reine. Lorsque cette dernière annule une décision, les réponses qu'elle donne à ces questions lient le comité de révision. Il faut donc inévitablement conclure que le législateur entendait que ces questions soient examinées selon la norme de la décision correcte.

[64] Sur le fond, nous sommes d'avis que la décision du Comité en l'espèce doit être annulée. Les comités de révision n'ont compétence que pour statuer sur les questions soulevées dans le formulaire de plainte de la personne visée. En l'espèce, le Comité a commis une erreur en entendant la plainte et en acceptant partiellement la nouvelle évaluation révisée établie par la Ville sur le fondement d'une

subject of Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Limited's (the "Company") complaint.

## II. Standard of Review

[65] The "overall aim" of the standard of review analysis has always been "to discern legislative intent, keeping in mind the constitutional role of the courts in maintaining the rule of law": *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at para. 26. As Binnie J. once remarked, the standard of review analysis "is necessarily flexible" as it seeks "the polar star of legislative intent": *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539, at para. 149.

[66] In our view, taken together, the statutory scheme and the Board's lack of relative expertise in interpreting the law lead to the conclusion that the legislature intended that the Board's decisions on questions of law and jurisdiction appealed to the Court of Queen's Bench be reviewed on a correctness standard. As a result, even were the Board's interpretation presumptively owed deference on the basis that the Board is interpreting its home statute, this presumption of deference has been rebutted by clear signals of legislative intent.

### A. *Contextual Analysis of the Statutory Scheme and Signals of Legislative Intent*

[67] As we will explain, the nature of the relevant statutory scheme demonstrates that the legislature intended correctness review be applied to decisions on questions of law and jurisdiction for which leave to appeal is granted to the Court of Queen's Bench. Any expertise of the Board does not overcome this clear indication of legislative intent. Indeed, we are of the view that the legislature has indicated that the Board lacks relative expertise to decide those questions.

classification entièrement nouvelle, laquelle ne faisait pas l'objet de la plainte d'Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Limited (la « Société »).

## II. Norme de contrôle

[65] L'« objectif global » de l'analyse de détermination de la norme de contrôle applicable a toujours été « de cerner l'intention du législateur, sans perdre de vue le rôle constitutionnel des tribunaux judiciaires dans le maintien de la légalité » (*Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, par. 26). Comme le juge Binnie l'a déjà fait remarquer, cette analyse « est forcément souple » puisqu'elle vise à déterminer « l'intention du législateur, qui doit nous guider » (*S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539, par. 149).

[66] À notre sens, considérés ensemble, le régime législatif et le manque d'expertise relative du Comité en matière d'interprétation des lois mènent à la conclusion que le législateur entendait que les décisions du Comité sur les questions de droit et de compétence portées en appel devant la Cour du Banc de la Reine soient contrôlées selon la norme de la décision correcte. Par conséquent, même si l'interprétation du Comité est présumée commander la déférence du fait que celui-ci interprète sa loi constitutive, cette présomption est réfutée par des indications claires de l'intention du législateur.

### A. *Analyse contextuelle du régime législatif et indications de l'intention du législateur*

[67] Comme nous l'expliquons plus loin, la nature du régime législatif applicable démontre que le législateur a voulu que les décisions portant sur des questions de droit et de compétence à l'égard desquelles une autorisation d'appel devant la Cour du Banc de la Reine est accordée soient contrôlées suivant la norme de la décision correcte. Cette indication claire de l'intention du législateur ne saurait être écartée par quelque expertise dont disposerait le Comité. En fait, nous estimons que le législateur a indiqué que le Comité ne possède pas l'expertise relative requise pour trancher ces questions.

[68] Before addressing this legislative context, however, we wish to make some preliminary comments on the statutory right of appeal in s. 470 of the *Municipal Government Act*, R.S.A. 2000, c. M-26 (“Act”).

(1) A Statutory Right of Appeal Is Not a Category of Correctness Review

[69] In response to the reasons of Slatter J.A. in the Court of Appeal (2015 ABCA 85, 599 A.R. 210), the majority questions whether a statutory right of appeal is a new “category” of correctness review. Relying on recent decisions of this Court, it concludes that no such category of correctness review exists because the reasonableness standard has been applied in other cases where statutory rights of appeal are present.

[70] We agree that a statutory right of appeal is not a new “category” of correctness review. However, the ostensibly contextual standard of review analysis should not be confined to deciding whether new categories have been established. An approach to the standard of review analysis that relies exclusively on categories and eschews any role for context risks introducing the vice of formalism into the law of judicial review, as it seeks to “secure a measure of certainty or predictability at the cost of blindly prejudging what is to be done in a range of future cases, about whose composition we are ignorant”: H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (3rd ed. 2012), at pp. 129-30.

[71] In every case, a court must determine what the appropriate standard of review is for *this* question decided by *this* decision maker. This is not to say that a full contextual standard of review analysis must be conducted in every single case. The applicable standard of review is a question of law: *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004]

[68] Avant de nous pencher sur ce contexte législatif, nous souhaitons toutefois formuler des observations préliminaires sur le droit d’appel prévu à l’art. 470 de la *Municipal Government Act*, R.S.A. 2000, c. M-26 (la « Loi »).

(1) Un droit d’appel statutaire ne constitue pas une catégorie à laquelle s’applique la norme de la décision correcte

[69] En réponse aux motifs du juge Slatter de la Cour d’appel (2015 ABCA 85, 599 A.R. 210), les juges majoritaires se demandent si un droit d’appel statutaire forme une nouvelle « catégorie » à laquelle s’applique la norme de la décision correcte. S’appuyant sur des arrêts récents de notre Cour, ils concluent qu’il n’existe aucune catégorie de la sorte, puisque la norme de la décision raisonnable a été appliquée dans d’autres cas où des droits d’appel sont conférés par la loi.

[70] Nous sommes d’accord pour dire qu’un droit d’appel statutaire ne forme pas une nouvelle « catégorie » à laquelle s’applique la norme de la décision correcte. Toutefois, l’analyse de détermination de la norme de contrôle applicable — analyse manifestement contextuelle — ne devrait pas se limiter à la question de savoir si de nouvelles catégories ont été établies. Le recours à une analyse reposant exclusivement sur des catégories et n’accordant aucun rôle au contexte risque d’introduire un trop grand formalisme dans le droit relatif au contrôle judiciaire, car une telle approche cherche à « assurer[r] un certain degré de certitude ou de prévisibilité, au prix de préjuger aveuglément ce qu’on doit accomplir dans une série de situations futures, dont nous ignorons la composition » (H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, traduit de l’anglais par M. van de Kerchove (2005), p. 148).

[71] Dans tous les cas, la cour de révision doit déterminer la norme de contrôle applicable à une question *donnée* tranchée par un décideur *donné*. Cela ne veut pas dire qu’une analyse contextuelle complète est chaque fois nécessaire. La norme de contrôle applicable est une question de droit (*Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3

3 S.C.R. 152, at para. 6. Questions of law forming part of the *ratio decidendi* of a decision are binding on lower courts as a matter of *stare decisis*: *Osborne v. Rowlett* (1880), 13 Ch. D. 774, at p. 785. Where a standard of review analysis is performed and the proper standard of review is determined for a particular question decided by a particular decision maker, that standard of review should apply in the future to similar questions decided by that decision maker.

[72] In *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, this Court made room for the simple operation of the doctrine of precedent in this manner. It recognized that a full contextual standard of review analysis need not be performed in every case, since the appropriate standard of review has often been settled in the jurisprudence. But “[t]his simply means that the analysis required is already deemed to have been performed and need not be repeated” (para. 57). It does not mean that the contextual analysis itself should be curtailed in favour of categories that are themselves “both over- and under-inclusive”: P. Daly, “The Unfortunate Triumph of Form over Substance in Canadian Administrative Law” (2012), 50 *Osgoode Hall L.J.* 317, at p. 342. Despite the “attractive simplicity” of the category-based approach, eschewing context in favour of categories is “seriously overbroad”: S. Breyer, “Judicial Review of Questions of Law and Policy” (1986), 38 *Admin. L. Rev.* 363, at p. 373. Disregard for the contextual analysis would represent a significant departure from *Dunsmuir* and from this Court’s post-*Dunsmuir* jurisprudence.

## (2) The Statutory Scheme

[73] Because context always matters, we do not agree that the existence of a statutory right of appeal cannot, in combination with other factors, lead to a conclusion that the proper standard of review is correctness. A statutory right of appeal, like a privative clause, “is an important indicator of legislative intent” and, depending on its wording, it “may be at ease with [judicial intervention]”: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 55, per

R.C.S. 152, par. 6). Les questions de droit faisant partie de la *ratio decidendi* d’une décision lient les juridictions inférieures en raison de la règle du *stare decisis* (*Osborne c. Rowlett* (1880), 13 Ch. D. 774, p. 785). Lorsqu’une analyse de détermination de la norme de contrôle applicable est effectuée et que la norme de contrôle appropriée à l’égard d’une question donnée tranchée par un décideur donné est déterminée, cette norme devrait s’appliquer à l’avenir aux questions semblables tranchées par ce décideur.

[72] Dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, la Cour permet tout simplement l’application de la doctrine du précédent dans ces situations. Elle a reconnu qu’une analyse contextuelle complète n’a pas à être effectuée dans tous les cas, puisque la norme de contrôle applicable a souvent déjà été établie dans la jurisprudence. « En clair, l’analyse requise est réputée avoir déjà eu lieu et ne pas devoir être reprise » (par. 57). Il ne faut pas en conclure que l’analyse contextuelle elle-même devrait être restreinte en faveur de catégories [TRADUCTION] « à la fois trop larges et trop étroites » (P. Daly, « The Unfortunate Triumph of Form over Substance in Canadian Administrative Law » (2012), 50 *Osgoode Hall L.J.* 317, p. 342). Malgré [TRADUCTION] « l’attrayante simplicité » de l’analyse fondée sur les catégories, écarter le recours au contexte en faveur de catégories serait « sérieusement excessif » (S. Breyer, « Judicial Review of Questions of Law and Policy » (1986), 38 *Admin. L. Rev.* 363, p. 373). Faire abstraction de l’analyse contextuelle représenterait une rupture importante avec l’arrêt *Dunsmuir* et la jurisprudence de la Cour depuis cet arrêt.

## (2) Le régime législatif

[73] Comme le contexte importe toujours, nous ne pouvons nous rallier à l’opinion que l’existence d’un droit d’appel statutaire ne saurait, combinée à d’autres facteurs, permettre de conclure que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. Un droit d’appel statutaire, comme une clause privative, « constitue un indice important de l’intention du législateur » et, selon son libellé, il « peut [s’]accommoder [de l’intervention judiciaire] » (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*,

Binnie J. In our view, the wording of this statutory appeal clause, in combination with the legislative scheme, points to the conclusion that the legislature intended that a more exacting standard of review be applied to questions appealed to the Court of Queen's Bench.

[74] The majority says, however, that a contextual analysis is unnecessary here in light of this Court's recent decisions of *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; and *Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications*, 2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764. With respect, we do not read those decisions as supportive of our colleagues' position, because none of them states or even implies that a right of appeal is not a relevant factor in the contextual analysis.

[75] Section 470 of the Act grants a statutory right of appeal with leave to the Court of Queen's Bench on a "question of law or jurisdiction" (s. 470(1)) where a judge "is of the opinion that the appeal involves a question of law or jurisdiction of sufficient importance to merit an appeal and has a reasonable chance of success" (s. 470(5)). If a question of law or jurisdiction is appealed to the Court of Queen's Bench and the Court of Queen's Bench decides the question and refers the matter back to the Board, "the board must rehear the matter and deal with it in accordance with the opinion of or any direction given by the Court on the question of law or the question of jurisdiction" (s. 470.1(2)).

[76] It is only questions of law and jurisdiction that are "of sufficient importance to merit an appeal" that may be appealed pursuant to s. 470 of the Act. All other questions may still be the subject of judicial review: *Edmonton (City) v. Edmonton (City) Assessment Review Board*, 2010 ABQB 634, 503 A.R. 144, at paras. 10-12; *Associated Developers Ltd. v. Edmonton (City)*, 2011 ABQB 592, 527 A.R. 287, at paras. 17-24; *Edmonton (City) v.*

2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 55, le juge Binnie). À notre avis, le libellé de la disposition législative établissant le droit d'appel en l'espèce, combiné au régime législatif, mène à la conclusion que le législateur entendait qu'une norme de contrôle plus exigeante soit appliquée aux questions portées en appel devant la Cour du Banc de la Reine.

[74] Les juges majoritaires affirment toutefois qu'une analyse contextuelle n'est pas nécessaire en l'espèce eu égard aux arrêts récents de notre Cour *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, et *Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764. Avec égards, ces arrêts n'étaient pas à notre avis la thèse de nos collègues, car aucun d'entre eux n'indique, expressément ou même implicitement, qu'un droit d'appel ne constitue pas un facteur pertinent dans l'analyse contextuelle.

[75] L'article 470 de la Loi accorde un droit d'appel devant la Cour du Banc de la Reine avec l'autorisation de celle-ci sur une [TRADUCTION] « question de droit ou de compétence » (par. 470(1)) lorsqu'un juge « est d'avis que l'appel concerne une question de droit ou de compétence suffisamment importante pour justifier un appel, et qu'il a une chance raisonnable de succès » (par. 470(5)). Si la Cour du Banc de la Reine décide une question de droit ou de compétence portée en appel devant elle et renvoie l'affaire au Comité, « ce dernier doit entendre à nouveau l'affaire et la trancher conformément à la décision ou aux directives de cette cour sur la question de droit ou de compétence » (par. 470.1(2)).

[76] Seules les questions de droit et de compétence qui sont [TRADUCTION] « suffisamment importantes pour justifier un appel » peuvent être portées en appel conformément à l'art. 470 de la Loi. Toutes les autres questions peuvent toujours faire l'objet d'un contrôle judiciaire (*Edmonton (City) c. Edmonton (City) Assessment Review Board*, 2010 ABQB 634, 503 A.R. 144, par. 10-12; *Associated Developers Ltd. c. Edmonton (City)*, 2011 ABQB 592, 527 A.R. 287,

*Edmonton (Composite Assessment Review Board)*, 2012 ABQB 118, 534 A.R. 110, at para. 78.

[77] In our view, the legislature's decision to enact a limited right of appeal rather than a full right of appeal indicates that the legislature intended these questions to be reviewed by the Court of Queen's Bench for correctness.

[78] The legislature must have known that judicial review is available for any question not covered by a limited right of appeal (*Habtenkiel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 180, [2015] 3 F.C.R. 327, at para. 35; see also D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at p. 3-9), given that the legislature is presumed to know the law: *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402, at para. 21, per Cromwell J.; *Townsend v. Kroppmanns*, 2004 SCC 10, [2004] 1 S.C.R. 315, at para. 9. The legislature only designated some questions to be the subject of this right of appeal, thereby signalling its intention that these important questions of law and jurisdiction be treated differently from all other questions which are subject to ordinary judicial review. These issues, after all, transcend the particular context of a disputed assessment and have broader implications for the municipal assessment regime. Had the legislature merely intended to provide for a different procedure than judicial review to enhance administrative efficiency within the yearly cycle created by the legislature, it would have enacted a full statutory right of appeal with a shorter limitation period than ordinary judicial review. After all, questions of fact and mixed fact and law would also benefit from a shorter limitation period to enhance administrative efficiency within the yearly cycle. We note, in this regard, the similarity between the wording of s. 470(5) and the statutory right of appeal that was considered in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, in respect of which Bastarache J., for this Court, said:

par. 17-24; *Edmonton (City) c. Edmonton (Composite Assessment Review Board)*, 2012 ABQB 118, 534 A.R. 110, par. 78).

[77] À notre avis, la décision du législateur d'édicter un droit d'appel limité plutôt qu'absolu indique qu'il a voulu que ces questions soient examinées par la Cour du Banc de la Reine selon la norme de la décision correcte.

[78] Le législateur savait sans doute que toute question qui n'est pas assujettie à un droit d'appel limité peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire (*Habtenkiel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 180, [2015] 3 R.C.F. 327, par. 35; voir également D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), p. 3-9), étant donné que le législateur est présumé connaître le droit (*R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402, par. 21, le juge Cromwell; *Townsend c. Kroppmanns*, 2004 CSC 10, [2004] 1 R.C.S. 315, par. 9). Le législateur a prévu que seules certaines questions sont susceptibles d'appel, ce qui témoigne de son intention de traiter ces questions importantes de droit et de compétence différemment de toutes les autres questions assujetties au contrôle judiciaire ordinaire. Ces questions, après tout, transcendent le contexte précis d'une évaluation contestée et ont des répercussions plus larges sur le régime d'évaluation municipale. Si le législateur avait simplement voulu instaurer une procédure différente de celle du contrôle judiciaire pour accroître l'efficacité administrative du cycle annuel qu'il a créé, il aurait établi un droit d'appel absolu, assorti d'un délai de prescription plus court que celui applicable au contrôle judiciaire ordinaire. Après tout, l'existence d'un délai de prescription plus court visant à accroître l'efficacité administrative du cycle annuel serait également avantageuse dans le cas des questions de fait et des questions mixtes de fait et de droit. Nous notons, à cet égard, la similitude entre le libellé du par. 470(5) et celui du droit d'appel statuaire qui était examiné dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, à l'égard duquel le juge Bastarache a affirmé, au nom de la Cour :

First, s. 83(1) would be incoherent if the standard of review were anything other than correctness. The key to the legislative intention as to the standard of review is the use of the words “a serious question of general importance” . . . . The general importance of the question, that is, its applicability to numerous future cases, warrants the review by a court of justice. Would that review serve any purpose if the Court of Appeal were obliged to defer to incorrect decisions of the Board? Is it possible that the legislator would have provided for an exceptional appeal to the Court of Appeal on questions of “general importance”, but then required that despite the “general importance” of the question, the court accept decisions of the Board which are wrong in law, even clearly wrong in law, but not patently unreasonable? The only way in which s. 83(1) can be given its explicitly articulated scope is if the Court of Appeal — and inferentially, the Federal Court, Trial Division — is permitted to substitute its own opinion for that of the Board in respect of questions of general importance. [Emphasis added; para. 43.]

[79] That correctness review was legislatively intended is supported by other aspects of the statutory scheme. Section 470.1(2) of the Act provides that, where the Court of Queen’s Bench “cancels a decision”, it must refer the matter back to the Board and the Board must “rehear the matter and deal with it in accordance with the opinion of or any direction given by the Court on the question of law or the question of jurisdiction”. This strongly suggests that correctness review is the standard that the legislature intended to be applied to these questions, because giving “direction” on a pure and distilled question of law and jurisdiction would be inconsistent with reasonableness review. The fundamental premise of reasonableness review is that “certain questions that come before administrative tribunals do not lend themselves to one specific, particular result”: *Dunsmuir*, at para. 47. However, the fundamental premise of s. 470.1(2) is that pure questions of law and jurisdiction appealed to the Court of Queen’s Bench do lend themselves to one specific, particular result because the Court of Queen’s Bench is bound to provide *direction* on these pure questions of law and jurisdiction and the Board is prohibited from reaching a different result on those questions when the matter is remitted to it.

Premièrement, le par. 83(1) serait incohérent si la norme de contrôle était autre chose que celle de la décision correcte. L’élément clef de l’intention du législateur quant à la norme de contrôle est l’utilisation des mots « une question grave de portée générale » [ . . . ] La portée générale de la question, c’est-à-dire son applicabilité à un grand nombre de cas dans le futur, justifie son examen par une cour de justice. Cet examen aurait-il une utilité quelconque si la Cour d’appel était tenue de déférer aux décisions incorrectes de la Commission? Se peut-il que le législateur ait prévu un appel exceptionnel devant la Cour d’appel sur des questions de « portée générale », mais ait exigé qu’en dépit de la « portée générale » de la question, la cour accepte les décisions de la Commission qui sont erronées en droit, voire clairement erronées en droit, mais non manifestement déraisonnables? Il n’est possible de respecter la portée du par. 83(1), telle qu’explicitement formulée, qu’en autorisant la Cour d’appel — et, par déduction, la Section de première instance de la Cour fédérale — à substituer sa propre opinion à celle de la Commission sur les questions d’importance générale. [Nous soulignons; par. 43.]

[79] La proposition selon laquelle le législateur entendait que la norme de contrôle applicable soit celle de la décision correcte est étayée par d’autres éléments du régime législatif. Le paragraphe 470.1(2) de la Loi prévoit que, lorsque la Cour du Banc de la Reine [TRADUCTION] « annule une décision », elle doit renvoyer l’affaire au Comité, qui doit « entendre à nouveau l’affaire et la trancher conformément à la décision ou aux directives de cette cour sur la question de droit ou de compétence ». Cet énoncé tend fortement à indiquer que la norme de la décision correcte est la norme que le législateur a voulu rendre applicable à ces questions, car le fait de donner des « directives » sur de pures questions de droit et de compétence serait incompatible avec la norme de la décision raisonnable. En effet, cette norme repose sur la prémisse fondamentale selon laquelle « certaines questions soumises aux tribunaux administratifs n’appellent pas une seule solution précise » (*Dunsmuir*, par. 47). Toutefois, la prémisse fondamentale du par. 470.1(2) est que les pures questions de droit et de compétence portées en appel devant la Cour du Banc de la Reine appellent bel et bien une seule solution précise, parce que la Cour du Banc de la Reine est tenue de fournir des *directives* sur ces questions, et qu’il est interdit au Comité de parvenir à une conclusion différente à leur égard lorsque l’affaire lui est renvoyée.

[80] Further, as Slatter J.A. noted at the Court of Appeal, the municipal assessment regime set out in the Act is applied by local and composite assessment review boards in municipalities across the province. Each assessment review board is a unique entity established by the local municipal council (s. 454). Because each assessment review board is a distinct entity, there is no overarching institutional body capable of promoting consistency in the interpretation and application of the Act between them. We echo the concern of Slatter J.A. that “it is undesirable for the *Municipal Government Act* to mean different things in different parts of the province” (para. 30). Consistency in the understanding and application of these legal questions is necessary, and only courts can provide such consistency. And, to reiterate, the legislature of Alberta has done so here by providing assessed persons a right to appeal certain questions to the courts, which are, in turn, tasked with providing *binding rulings* on those questions: s. 470.1(2) of the Act.

#### B. *Expertise*

[81] In our view the question at issue is not one which falls within the Board’s expertise. Indeed, the Board’s lack of expertise in statutory interpretation suggests that the legislature would have wanted courts to review Board answers on questions of law on a more exacting standard.

[82] We acknowledge that the notion of “expertise” has become a catch-all trigger for deferential review in this Court’s jurisprudence, since an administrative decision maker is simply presumed to be an expert in matters regarding the application of its home statute. We wish, therefore, to be clear: our point of departure from the majority is whether the presumption has been rebutted. And we add this: in strengthening the presumption by ignoring or explaining away any

[80] De plus, comme l’a souligné le juge Slatter de la Cour d’appel, le régime d’évaluation municipale établi par la Loi est appliqué par des comités de révision locaux et mixtes dans les municipalités de l’ensemble de la province. Chaque comité de révision forme une entité unique établie par le conseil municipal local (art. 454). Comme chaque comité de révision constitue une entité distincte, il n’existe aucune entité institutionnelle générale propre à favoriser la cohérence entre eux dans l’interprétation et l’application de la Loi. Nous faisons nôtre la préoccupation du juge Slatter selon laquelle [TRANSDUCTION] « il n’est pas souhaitable que la *Municipal Government Act* prenne un sens différent dans différentes parties de la province » (par. 30). La cohérence dans l’interprétation et l’application de ces questions juridiques est nécessaire, et seules les cours de justice peuvent assurer cette cohérence. De plus, nous le répétons, c’est ce que le législateur albertain a prévu en l’espèce en conférant aux personnes visées le droit de porter certaines questions en appel devant les cours de justice, lesquelles doivent, pour leur part, rendre des *décisions contraignantes* sur ces questions (par. 470.1(2) de la Loi).

#### B. *Expertise*

[81] À notre avis, la question en litige ne relève pas de l’expertise du Comité. En fait, le manque d’expertise du Comité en matière d’interprétation législative tend à indiquer que le législateur a voulu que les cours de justice examinent les réponses que donne le Comité aux questions de droit selon une norme plus exigeante.

[82] Nous reconnaissons que la notion d’« expertise » est devenue dans la jurisprudence de la Cour un élément déclencheur général permettant l’application d’une norme empreinte de déférence, puisqu’un décideur administratif est simplement présumé être expert des questions relatives à l’application de sa loi constitutive. Soyons donc clairs : là où nous sommes en désaccord avec les juges majoritaires, c’est sur la question de savoir si

factors that might rebut it, the majority risks making this presumption irrebuttable.

[83] Despite its prevalence, this presumption of expertise has rarely been given much explanation or content in our jurisprudence: L. Sossin, “Empty Ritual, Mechanical Exercise or the Discipline of Deference? Revisiting the Standard of Review in Administrative Law” (2003), 27 *Adv. Q.* 478, at pp. 490-91; B. Bilson, “The Expertise of Labour Arbitrators” (2005), 12 *C.L.E.L.J.* 33, at p. 41. As McLachlin C.J. explained in *Dr. Q*, expertise “can arise from a number of sources and can relate to questions of pure law, mixed fact and law, or fact alone” (para. 29). Some administrative decision makers are required to possess expert qualifications or experience in a particular area as a condition of appointment: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paras. 50-53. Other administrative decision makers may accumulate “a measure of relative institutional expertise” by habitually making findings of fact in a particular specialized legislative context: *Dr. Q*, at para. 29; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at p. 1336, per Wilson J. This specific or institutional expertise may command deference, though the question of expertise is “closely interrelated” to the nature of the question that forms the basis of the application for judicial review: *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, 2001 SCC 36, [2001] 2 S.C.R. 100, at para. 32. In other words, an administrative decision maker is not entitled to blanket deference in all matters simply because it is an expert in some matters. An administrative decision maker is entitled to deference on the basis of expertise only if the question before it falls within the scope of its expertise, whether specific or institutional.

[84] A constant in this Court’s jurisprudence both pre- and post-*Dunsmuir* is that expertise is a

la présomption a été réfutée. Nous ajouterons également ceci : le fait pour les juges majoritaires de renforcer la présomption en faisant abstraction de tout facteur susceptible de la réfuter ou en y trouvant une justification risque de rendre celle-ci irréfutable.

[83] Bien que répandue, cette présomption d’expertise a rarement été vraiment expliquée ou étoffée dans notre jurisprudence (L. Sossin, « Empty Ritual, Mechanical Exercise or the Discipline of Deference? Revisiting the Standard of Review in Administrative Law » (2003), 27 *Adv. Q.* 478, p. 490-491; B. Bilson, « The Expertise of Labour Arbitrators » (2005), 12 *C.L.E.L.J.* 33, p. 41). Comme l’explique la juge en chef McLachlin dans l’arrêt *Dr. Q*, l’expertise « peut venir de plusieurs sources et se rapporter à des questions de droit pur, des questions mixtes de droit et de fait, ou des questions de fait uniquement » (par. 29). Certains décideurs administratifs sont tenus d’avoir des compétences d’expert ou de l’expérience dans un domaine précis comme condition de nomination (*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 50-53). D’autres décideurs administratifs peuvent acquérir « un certain degré d’expertise institutionnelle » en tirant fréquemment des conclusions de fait dans un contexte législatif spécialisé particulier (*Dr. Q*, par. 29; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, p. 1336, la juge Wilson). Cette expertise spécifique ou institutionnelle peut commander la déférence, bien que la question de l’expertise soit « étroitement lié[e] » à la nature de la question à l’origine de la demande de contrôle judiciaire (*Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, 2001 CSC 36, [2001] 2 R.C.S. 100, par. 32). Autrement dit, un décideur administratif n’a pas droit à une déférence absolue à l’égard de toute question du simple fait qu’il agit comme expert dans certaines matières. La déférence s’impose à l’égard d’un tel décideur en raison de son expertise uniquement si la question dont il est saisi relève de son champ d’expertise, qu’elle soit spécifique ou institutionnelle.

[84] Une constante se dégage de la jurisprudence de la Cour, tant antérieure que postérieure à l’arrêt

relative concept. It is not absolute: *Pushpanathan*, at para. 33; *Dr. Q*, at para. 28; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, 2002 SCC 11, [2002] 1 S.C.R. 249, at para. 50; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at para. 15, per Rothstein J. As Sopinka J. explained in *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, “a lack of relative expertise on the part of the tribunal *vis-à-vis* the particular issue before it as compared with the reviewing court is a ground for a refusal of deference” (p. 335). An administrative decision maker often possesses greater relative expertise in interpreting and applying its constituting statute in the context of administering a specialized regime: *Pushpanathan*, at para. 36; *Dunsmuir*, at para. 54; *Smith*, at para. 80, per Deschamps J., dissenting on this point. But this is not an absolute rule, as a legislature may always indicate that the expertise of an administrative decision maker in interpreting and administering its home statute is not greater relative to the courts: see, e.g., *Rogers Communications*, at para. 16.

[85] The legislature therefore has a role to play in designating and delimiting the presumed expertise of an administrative decision maker. The majority’s view that “expertise is something that inheres in a tribunal itself as an institution” (para. 33) risks transforming the presumption of deference into an irrebuttable rule. Courts must not infer from the mere creation of an administrative tribunal that it necessarily possesses greater relative expertise in all matters it decides, especially on questions of law. After all, “some administrative decision makers have considerable legal expertise . . . Others have little or none”: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 84, per Binnie J., concurring. Respect for legislative supremacy must leave open to the legislature the possibility of creating a non-expert administrative decision maker, or creating an administrative decision maker with expertise in some

*Dunsmuir* : l’expertise constitue un concept relatif, et non absolu (*Pushpanathan*, par. 33; *Dr Q*, par. 28; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, 2002 CSC 11, [2002] 1 R.C.S. 249, par. 50; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 15, le juge Rothstein). Comme l’indique le juge Sopinka dans l’arrêt *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d’Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, « lorsque, comparativement au tribunal d’examen, le tribunal administratif manque d’expertise relative en ce qui concerne la question dont il a été saisi, cela justifie de ne pas faire preuve de retenue » (p. 335). Il est fréquent que, dans le contexte de l’administration d’un régime spécialisé, le décideur administratif possède une expertise relative supérieure dans l’interprétation et l’application de sa loi constitutive (*Pushpanathan*, par. 36; *Dunsmuir*, par. 54; *Smith*, par. 80, la juge Deschamps (dissidente sur ce point)). Mais il ne s’agit pas là d’une règle absolue, car le législateur peut toujours indiquer que l’expertise d’un décideur administratif dans l’interprétation et l’application de sa loi constitutive n’est pas supérieure à celle des cours de justice (voir, p. ex., *Rogers Communications*, par. 16).

[85] Le législateur a donc un rôle à jouer lorsqu’il s’agit de qualifier et de circonscrire l’expertise présumée d’un décideur administratif. L’opinion des juges majoritaires selon laquelle l’expertise « est [ . . . ] quelque chose d’inhérent au tribunal administratif en tant qu’institution » (par. 33) risque de transformer la présomption de déférence en une règle irréfutable. Les cours de justice ne doivent pas inférer de la simple création d’un tribunal administratif qu’il possède nécessairement une expertise relative supérieure dans toutes les affaires qu’il décide, plus particulièrement en ce qui concerne les questions de droit. Après tout, « certains décideurs administratifs sont dotés d’une expertise [ . . . ] considérabl[e]. D’autres en ont peu ou n’en ont pas » (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 84, motifs concordants du juge Binnie). Le respect de la suprématie législative doit laisser la porte ouverte à la

areas but not others. Rothstein J. gave effect to this possibility in *Rogers Communications*, holding that the concurrent jurisdiction shared by the courts and the Copyright Board under the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, led to the inference “that the legislative intent was not to recognize superior expertise of the Board relative to the court with respect to such legal questions” (para. 15). We must therefore examine the legislative scheme to determine whether the legislative intent was to recognize the superior expertise of the Board or the courts on matters forming the subject of an appeal pursuant to s. 470.

[86] The Act is a broad statute that covers a vast array of municipal government issues. The Board at issue here is a composite assessment review board, created pursuant to s. 454 of the Act with jurisdiction to only hear complaints about certain assessments by taxpayers and assessed persons, and to deal only with the issues listed in s. 460(5) of the Act. The Alberta legislature delegated to other boards and administrative decision makers the simultaneous task of interpreting and applying provisions of the Act, such as the Municipal Government Board (s. 486); growth management boards (s. 708.02); the Minister of Municipal Affairs (in the context of the assessment provisions of the Act, see ss. 317 to 325, 370, 381, 390, 409.3, 425.1, 436.23, 452, 453 to 457, 476.1, 484.1, 514 to 517, 527.1 and 570 to 580); the chief administrative officer of each municipal council (ss. 205, 207 and 208); the Land Compensation Board (ss. 15, 23, 26 and 534); and the Alberta Utilities Commission (ss. 30, 31, 43 to 45, 47 and 47.1), among others. It is therefore incorrect to characterize a specific composite assessment review board as an expert tribunal tasked with administering the Act. We cannot presume greater relative expertise without first examining the statutory scheme that creates the administrative decision maker.

possibilité pour le législateur de créer un décideur administratif sans expertise ou doté d’une expertise dans certains domaines, et non dans d’autres. Le juge Rothstein a reconnu cette possibilité dans l’arrêt *Rogers Communications*, où il a affirmé que la compétence concurrente conférée aux cours de justice et à la Commission du droit d’auteur sous le régime de la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, a mené à l’inférence « que le législateur n’a pas voulu reconnaître à la Commission une expertise supérieure à celle de la cour de justice [en ce qui concerne ces questions de droit] » (par. 15). Nous devons donc examiner le régime législatif pour déterminer si l’intention du législateur était de reconnaître l’expertise supérieure du Comité ou des cours de justice sur les questions visées par un appel fondé sur l’art. 470.

[86] La Loi est une loi générale, qui s’applique à un large éventail de questions relevant des administrations municipales. Le Comité en cause ici est un comité de révision mixte créé conformément à l’art. 454 de la Loi; il peut entendre uniquement les plaintes que déposent les contribuables et les personnes visées relativement à certaines évaluations, et trancher uniquement les questions énumérées au par. 460(5) de la Loi. Le législateur albertain a délégué à d’autres offices et à d’autres décideurs administratifs la tâche simultanée d’interpréter et d’appliquer certaines dispositions de la Loi, notamment l’organisme appelé Municipal Government Board (« Commission municipale ») (art. 486), les comités de gestion de la croissance (art. 708.02), le ministre des affaires municipales (dans le contexte des dispositions de la Loi en matière d’évaluation, voir les art. 317 à 325, 370, 381, 390, 409.3, 425.1, 436.23, 452, 453 à 457, 476.1, 484.1, 514 à 517, 527.1, et 570 à 580), le directeur général de chaque conseil municipal (art. 205, 207 et 208), le Land Compensation Board (« Office d’indemnisation foncière ») (art. 15, 23, 26 et 534) et l’Alberta Utilities Commission (« Commission des services publics de l’Alberta ») (art. 30, 31, 43 à 45, 47 et 47.1). Il est donc incorrect de qualifier un comité de révision mixte particulier de tribunal expert chargé d’appliquer la Loi. Nous ne saurions présumer une expertise relative supérieure sans d’abord examiner le régime législatif qui crée le décideur administratif.

[87] The question, then, is whether the Alberta legislature intended to recognize superior expertise in assessment review boards or in the courts with respect to the specific questions appealed pursuant to s. 470 of the Act. As the majority acknowledges, this case is, in part, about the interpretation of s. 467 of the Act. Statutory interpretation does not fall within the specialized expertise of the Board, since its day-to-day work focuses on complex matters of valuation of property. We note that the majority relies on this Court's jurisprudence for the proposition that a court may not be as qualified as a board to interpret the board's home statute given "the broad policy context within which" the board must work (para. 33). That may be true in the application of one's governing statute. However, it is not so in these circumstances, where the matter is one of legal interpretation going to jurisdiction, not practical application. While the Board may have familiarity with the application of the assessment provisions of the Act, the legislature has recognized that the Board's specialized expertise does not necessarily extend to general questions of law and jurisdiction. The Board's decisions may, instead, be appealed on these questions of law and jurisdiction.

[88] In light of this lack of relative expertise on questions of law and jurisdiction, it cannot be maintained that a presumption applies that the legislature intended that the review board's determinations on questions of law and jurisdiction be owed deference. The legislature created a tribunal with expertise in matters of valuation and assessment. But the legislature placed that tribunal within a statutory scheme that would allow municipalities and assessed persons to appeal questions of law and jurisdiction, while still implicitly permitting judicial review on all other questions. This, in our view, is a clear signal by the legislature that the tribunal it created is not entitled to deference from the courts on questions of law and jurisdiction appealed pursuant to s. 470, while it must be afforded deference on other matters. Such clearly

[87] La question est donc de savoir si le législateur albertain a voulu reconnaître l'expertise supérieure des comités de révision ou des cours de justice sur les questions précises faisant l'objet d'appels fondés sur l'art. 470 de la Loi. Comme le reconnaissent les juges majoritaires, le présent pourvoi porte en partie sur l'interprétation de l'art. 467 de la Loi. L'interprétation des lois ne relève pas de l'expertise spécialisée du Comité, puisque son travail quotidien est axé sur des questions complexes d'évaluation foncière. Nous constatons que les juges majoritaires se fondent sur la jurisprudence de la Cour pour prouver leur proposition selon laquelle une cour de justice n'est peut-être pas aussi qualifiée qu'un organisme administratif pour interpréter la loi constitutive de celui-ci compte tenu « du contexte des politiques générales dans lequel » un tel organisme doit fonctionner (par. 33). C'est peut-être le cas dans l'application de sa loi constitutive. Ce ne l'est toutefois pas dans les circonstances de l'espèce, où la question est une question d'interprétation législative touchant à la compétence, et non une question d'application pratique. Bien que le Comité puisse être familier avec l'application des dispositions de la Loi en matière d'évaluation, le législateur a reconnu que son expertise spécialisée ne s'étend pas nécessairement aux questions générales de droit et de compétence. Les décisions du Comité peuvent plutôt être portées en appel en ces matières.

[88] Vu ce manque d'expertise relative en ce qui concerne les questions de droit et de compétence, on ne peut soutenir que le législateur est présumé avoir voulu que les décisions du comité de révision à cet égard commandent la déférence. Le législateur a créé un tribunal doté d'une expertise en matière d'évaluation foncière. Ce tribunal se trouve toutefois dans un régime législatif qui autorise les municipalités et les personnes visées à interjeter appel de questions de droit et de compétence, tout en permettant implicitement que toute autre question soit examinée par voie de contrôle judiciaire. À notre sens, le législateur indique ici clairement que le tribunal administratif qu'il a créé n'a pas droit à la déférence des cours de justice sur les questions de droit et de compétence portées en appel en vertu

expressed legislative intent should be respected, by applying correctness review in this case.

[89] We note the concern that a contextual analysis can generate uncertainty and prolonged litigation concerning the applicable standard of review. But the lode star of legislative supremacy and the rule of law remains. The contextual standard of review analysis ensures that legislative intent is respected and the rule of law is protected when courts review decisions of administrative actors. And context does not cease to be relevant once the standard of review is selected. Even if the applicable standard of review were reasonableness, it is a contextual analysis — guided by the principles of legislative supremacy and the rule of law — that defines the range of reasonable outcomes in any given case: P. Daly, “Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness” (forthcoming, *McGill L.J.*), at p. 21. In short, “context simply cannot be eliminated from judicial review” (*ibid.*, at p. 16).

[90] We note the chambers judge’s conclusion that the issue in this case is a true question of jurisdiction: 2013 ABQB 526, 570 A.R. 208. As the majority explained in *Dunsmuir*, a true question of jurisdiction asks “whether or not the tribunal had the authority to make the inquiry”, and added that “[a]dministrative bodies must . . . be correct in [these] determinations”: at para. 59; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at para. 18. In light of our conclusion above, however, it is not necessary to also consider whether the question at issue falls within that category.

de l’art. 470, alors qu’une telle déférence s’impose à son égard sur d’autres questions. Une intention législative aussi clairement exprimée doit être respectée par l’application de la norme de la décision correcte en l’espèce.

[89] Nous notons la préoccupation selon laquelle le recours à une analyse contextuelle peut être source d’incertitude et de litiges prolongés au sujet de la norme de contrôle applicable. Cependant, les principes de la suprématie législative et de la primauté du droit demeurent toujours. L’analyse contextuelle assure le respect de l’intention législative et la protection de la primauté du droit lorsque les cours de justice contrôlent les décisions des acteurs administratifs. De plus, le contexte ne cesse pas d’être pertinent une fois que la norme de contrôle applicable est établie. Même si la norme de contrôle applicable était celle de la décision raisonnable, c’est une analyse contextuelle — guidée par les principes de la suprématie législative et de la primauté du droit — qui permet de définir l’éventail des issues raisonnables possibles dans un cas donné (P. Daly, « Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness » (à paraître, *R.D. McGill*), p. 21). En bref, [TRADUCTION] « le contexte ne peut tout simplement pas être éliminé du contrôle judiciaire » (*ibid.*, p. 16).

[90] Le juge en chambre a conclu que la question en l’espèce est une question touchant véritablement à la compétence (2013 ABQB 526, 570 A.R. 208). Dans l’arrêt *Dunsmuir*, les juges majoritaires ont expliqué qu’une question touchant véritablement à la compétence porte sur « la faculté du tribunal administratif de connaître de la question », et ils ont ajouté qu’un « organisme administratif doit [. . .] statuer correctement sur [ces] questions » (par. 59; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 18). Eu égard aux conclusions qui précèdent, il n’est toutefois pas nécessaire de nous demander également si la question en litige relève de cette catégorie.

### III. Merits

[91] The majority characterizes the issue in this case as whether s. 467 of the Act allowed the Board to “increase the assessment at the City’s request” (para. 41). We agree that the word “change” in s. 467(1) should be given its ordinary and grammatical meaning, and that the Board is not precluded from ever increasing an assessment. However, in our view, the Board’s decision-making authority in this case was limited to the specific matters that were raised in the Company’s complaint. The Board had no authority to inquire into the fairness and equity of the assessment generally and to consider or accept elements of the new assessment proposed by the City in increasing the assessment.

[92] In our view, this conclusion is supported by five considerations. First, this conclusion respects the assessment complaints procedure set out in the Act and in various regulations. These limit the jurisdiction of the review board to precisely those matters identified on the complaint form and, where applicable, to the information provided by the municipality in response to an access to information request pursuant to ss. 299 and 300 of the Act. There is no space under the Act for municipalities to act as a *de facto* appellant of its own assessment. Second, to hold otherwise, as the majority does, would allow municipalities to circumvent s. 305 of the Act, which only permits municipalities to correct errors, omissions, or misdescriptions in an assessment when a complaint is not pending. Third, a contrary interpretation would undermine taxpayers’ reliance on the information provided by the municipality in its notice of assessment and in any document disclosed pursuant to an access to information request under ss. 299 and 300 of the Act. Fourth, to hold otherwise would also allow municipalities to circumvent certain prescribed notice periods intended to benefit assessed persons. Fifth, the Act does not place an obligation on the Board to ensure that all assessments are “fair” and “equitable”.

### III. Fond de l’affaire

[91] Selon les juges majoritaires, la question en l’espèce est celle de savoir si l’art. 467 de la Loi autorisait le Comité à « augmenter l’évaluation à la demande de la Ville » (par. 41). Nous convenons que le mot [TRADUCTION] « modifier » figurant au par. 467(1) devrait être interprété suivant son sens ordinaire et grammatical, et que rien n’empêche le Comité d’augmenter une évaluation. Toutefois, à notre avis, le pouvoir décisionnel du Comité en l’espèce était limité aux questions précises soulevées dans la plainte de la Société. Le Comité n’avait pas compétence pour se pencher sur le caractère juste et équitable de l’évaluation en général, ni pour examiner ou accepter les éléments de la nouvelle évaluation proposée par la Ville en vue de hausser l’évaluation foncière.

[92] À notre avis, cette conclusion repose sur cinq considérations. Premièrement, elle respecte la procédure de contestation en matière d’évaluation prévue par la Loi et divers règlements. Ceux-ci limitent la compétence du comité de révision aux questions précises mentionnées dans le formulaire de plainte et, s’il y a lieu, aux renseignements fournis par la municipalité en réponse à une demande d’accès à l’information fondée sur les art. 299 et 300 de la Loi. Rien dans la Loi n’autorise les municipalités à agir dans les faits comme appelantes à l’égard de leur propre évaluation. Deuxièmement, conclure le contraire, comme le font les juges majoritaires, permettrait aux municipalités de contourner l’art. 305 de la Loi, qui les autorise uniquement à corriger des erreurs, des omissions ou des mauvaises descriptions dans une évaluation lorsqu’aucune plainte n’est pendante. Troisièmement, une interprétation contraire aurait pour effet de miner la confiance que les contribuables sont justifiés d’accorder aux renseignements fournis par la municipalité dans son avis d’évaluation et à tout document communiqué conformément à une demande d’accès à l’information fondée sur les art. 299 et 300 de la Loi. Quatrièmement, conclure le contraire permettrait également aux municipalités de contourner certains délais de notification prescrits dont sont censées bénéficier les personnes visées. Cinquièmement, la Loi n’oblige pas le comité à s’assurer que toutes les évaluations sont « justes » et « équitables ».

### A. Overview of the Board's Jurisdiction

[93] In general terms, the complaints procedure before the Board is a vehicle *for taxpayers* to contest the fairness, correctness and equity of yearly municipal tax assessments. It is in this sense that the complaint belongs to the taxpayer: *Canadian Natural Resources Ltd. v. Wood Buffalo (Regional Municipality)*, 2012 ABQB 177, 535 A.R. 281, at para. 166. The Board's narrow jurisdiction reflects the complaint procedure's limited function, and confines the Board's decision-making authority to only those specific matters that were outlined in the City's original assessment, and which were subsequently raised by the taxpayer in his or her complaint.

[94] This understanding of the assessment complaints process flows from the following provisions of the Act. A complaint regarding an assessment may be about any of the matters listed in s. 460(5) of the Act shown on the assessment notice. However, a "complaint may be made only by an assessed person or a taxpayer" (s. 460(3)). This restricted scope on who may bring a complaint distinguishes the complaints process outlined in the Act from legislation in a number of other jurisdictions where municipalities are explicitly provided with a right to appeal an assessment and, as a result, where review boards have the power to raise an assessment in response to a municipality's appeal: see *Assessment Act*, R.S.B.C. 1996, c. 20, s. 32; *Assessment Act*, R.S.O. 1990, c. A.31, s. 40; *Assessment Act*, R.S.N.S. 1989, c. 23, s. 62(2); *The Cities Act*, S.S. 2002, c. C-11.1, s. 197(3); *The Municipal Assessment Act*, C.C.S.M., c. M226, ss. 42 and 43; *Prince Albert (City) v. 101027381 Saskatchewan Ltd.*, 2009 SKCA 59, 324 Sask. R. 313; *79912 Manitoba Ltd. v. Winnipeg City Assessor* (1998), 131 Man. R. (2d) 264 (C.A.), at para. 4; *Orange Properties Ltd. v. Winnipeg City Assessor* (1996), 107 Man. R. (2d) 278 (C.A.).

[95] This feature of the Act's complaint process resembles appeals from assessments under the federal *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.). The Minister of National Revenue has no right to

### A. Aperçu de la compétence du Comité

[93] En termes généraux, la procédure de contestation devant le Comité est un mécanisme permettant aux *contribuables* d'attaquer le caractère juste, exact et équitable des évaluations foncières municipales annuelles. C'est en ce sens que la plainte appartient au contribuable (*Canadian Natural Resources Ltd. c. Wood Buffalo (Regional Municipality)*, 2012 ABQB 177, 535 A.R. 281, par. 166). La compétence restreinte du Comité reflète le rôle limité de la procédure de contestation, et restreint le pouvoir décisionnel du Comité aux points précis énoncés dans l'évaluation initiale de la Ville et subséquemment soulevés par le contribuable dans sa plainte.

[94] Cette interprétation du processus de contestation découle des dispositions suivantes de la Loi. Une plainte à l'égard d'une évaluation peut porter sur tout point énoncé au par. 460(5) de la Loi et figurant dans l'avis d'évaluation. Toutefois, une [TRADUCTION] « plainte peut être déposée uniquement par la personne visée ou par un contribuable » (par. 460(3)). Une telle limite permet d'établir une distinction entre le processus de contestation établi dans la Loi et celui établi dans les lois d'un certain nombre d'autres ressorts où les municipalités ont expressément le droit d'interjeter appel d'une évaluation et, par conséquent, où les comités de révision ont le pouvoir d'augmenter une évaluation en réponse à un appel introduit par une municipalité (voir *Assessment Act*, R.S.B.C. 1996, c. 20, art. 32; *Loi sur l'évaluation foncière*, L.R.O. 1990, c. A.31, art. 40; *Assessment Act*, R.S.N.S. 1989, c. 23, par. 62(2); *The Cities Act*, S.S. 2002, c. C-11.1, par. 197(3); *Loi sur l'évaluation municipale*, C.P.L.M., c. M226, art. 42 et 43; *Prince Albert (City) c. 101027381 Saskatchewan Ltd.*, 2009 SKCA 59, 324 Sask. R. 313; *79912 Manitoba Ltd. c. Winnipeg City Assessor* (1998), 131 Man. R. (2d) 264 (C.A.), par. 4; *Orange Properties Ltd. c. Winnipeg City Assessor* (1996), 107 Man. R. (2d) 278 (C.A.)).

[95] Cette particularité de la Loi en ce qui concerne le processus de contestation ressemble à ce que prévoit la *Loi de l'impôt sur le revenu* fédérale, L.R.C. 1985, c. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), pour les appels interjetés à

appeal assessments under that Act, and it has long been settled that a taxpayer's appeal cannot, in light of this, result in an increased assessment: *Harris v. Minister of National Revenue*, [1965] 2 Ex. C.R. 653, aff'd on other grounds, [1966] S.C.R. 489. In *Canada v. Last*, 2014 FCA 129, [2015] 3 F.C.R. 245, Dawson J.A. observed that

*Harris* is authority for the proposition that on appeal from an assessment, the question to be answered is whether the Minister's assessment is higher than it should be. However, *Harris* is also authority for the proposition that a taxpayer's appeal cannot result in an increased assessment. This is because the Act does not give any right of appeal to the Minister and any increase to an assessment would in effect allow the Minister to appeal from her own assessment. This principle is to be applied to each source of income. [para. 23]

[96] Nowhere does the Act authorize the assessment review board to inquire generally into the fairness and equity of the challenged assessment. Instead, the assessment review board has jurisdiction only "to hear complaints about any matter referred to in section 460(5) that is shown on an assessment notice for property other than property described in subsection (1)(a)" (s. 460.1(2)). A plain reading of this provision reveals two restrictions on the assessment review board's jurisdiction. The review board is limited to hearing "complaints", and these complaints must be "about" a matter "shown on an assessment notice". Section 9(1) of the *Matters Relating to Assessment Complaints Regulation*, Alta. Reg. 310/2009 ("MRAC"), reinforces these restrictions by adding that the review board "must not hear any matter in support of an issue that is not identified on the complaint form". Giving this provision full effect, composite assessment review boards have refused to hear issues raised by assessed persons that were not identified in the assessed person's complaint form: see, e.g., Edmonton ARB, Decision No. 0098 139/11, August 24, 2011, at pp. 2-3; Edmonton ARB, Decision No. 0098 174/10, August 4, 2010.

l'encontre de cotisations. Le ministre du Revenu national n'a pas le droit d'interjeter appel à l'encontre d'une cotisation sous le régime de cette loi, et il est établi depuis longtemps que l'appel d'un contribuable ne peut, en conséquence, donner lieu à une cotisation plus élevée (*Harris c. Minister of National Revenue*, [1965] 2 R.C. de l'É. 653, conf. pour d'autres motifs par [1966] R.C.S. 489). Dans l'arrêt *Canada c. Last*, 2014 CAF 129, [2015] 3 R.C.F. 245, la juge Dawson a fait observer :

La décision *Harris*, précitée, est le précédent qui permet d'affirmer que, dans un appel formé contre une cotisation, la question à trancher est celle de savoir si la cotisation établie par le ministre est plus élevée qu'elle devrait l'être. Cependant, ce précédent permet aussi d'affirmer que l'appel interjeté par un contribuable ne saurait donner lieu à une cotisation plus élevée. Cela s'explique par le fait que la Loi ne confère aucun droit d'appel au ministre et que tout accroissement d'une cotisation aurait pour effet d'autoriser le ministre à faire appel de sa propre cotisation. Ce principe doit s'appliquer à chacune des sources de revenu. [par. 23]

[96] Nulle part dans la Loi le comité de révision n'est autorisé à considérer, de façon générale, le caractère juste et équitable de l'évaluation contestée. Celui-ci a plutôt compétence seulement [TRADUCTION] « pour entendre des plaintes sur tout point énoncé au paragraphe 460(5) et mentionné dans l'avis d'évaluation à l'égard d'une propriété autre qu'une propriété décrite à l'alinéa (1)(a) » (par. 460.1(2)). La simple lecture de cette disposition fait ressortir deux restrictions à la compétence du comité de révision. Ce dernier peut uniquement entendre des « plaintes » et celles-ci doivent porter « sur » un point « mentionné dans l'avis d'évaluation ». Le paragraphe 9(1) du *Matters Relating to Assessment Complaints Regulation*, Alta. Reg. 310/2009 (« MRAC »), renforce ces restrictions en ajoutant que le comité de révision [TRADUCTION] « ne doit considérer aucune observation à l'égard d'un point non mentionné dans le formulaire de plainte ». En donnant à cette disposition son plein effet, des comités de révision mixtes ont refusé d'examiner des questions soulevées par les personnes visées lorsque ces questions ne figuraient pas dans leur formulaire de plainte (voir, p. ex., Edmonton ARB, décision n° 0098 139/11, 24 août 2011, p. 2-3; Edmonton ARB, décision n° 0098 174/10, 4 août 2010).

[97] Section 9(4) of the *MRAC* restricts this jurisdiction further where a request for information is made by an assessed person or taxpayer. Sections 299 and 300 of the Act provide the assessed person with the right to ask the municipality for access to the assessment record, as well as a summary of the assessment. These “let the assessed person see or receive sufficient information to show how the assessor prepared the assessment of that person’s property” (s. 299(1)) and “let the assessed person see or receive a summary of the assessment of any assessed property in the municipality” (s. 300(1)). Section 9(4) of the *MRAC* provides that the review board “must not hear any evidence from a municipality relating to information that was requested by a complainant under section 299 or 300 of the Act but was not provided to the complainant”.

[98] In our view, these provisions confine the Board to considering only matters arising from the City’s original assessment notice that were the subject of complaint by an assessed person or taxpayer on the prescribed complaint form. As a result, once a complaint has been filed, the onus lies on the complainant to identify errors in the City’s assessment, and the City can do nothing more than defend its own assessment. To read s. 9(4) as not precluding a municipality from changing its mind about an assessment and leading evidence to support its position would fail to account for s. 9(1) of the *MRAC* which expressly precludes the Board from hearing “any matter in support of an issue that is not identified on the complaint form”. The review board’s jurisdiction leaves no space for the City to act as a *de facto* appellant of its own assessment. This would explain why the complainant must disclose to the City and to the review board its documentary evidence, a summary of its testimonial evidence, and any written argument in support of its complaint 42 days before the hearing date (s. 8(2)(a) *MRAC*), while the City is only bound to provide such disclosure to the complainant 14 days before the hearing date (s. 8(2)(b) *MRAC*).

[97] Le paragraphe 9(4) du *MRAC* restreint encore plus cette compétence lorsqu’une demande d’accès à l’information est présentée par une personne visée ou un contribuable. Les articles 299 et 300 de la Loi confèrent à la personne visée le droit de demander à la municipalité l’accès au dossier d’évaluation ainsi qu’à un résumé de l’évaluation. Ces dispositions [TRADUCTION] « permet[ent] à la personne visée de consulter ou de recevoir suffisamment de renseignements indiquant comment l’évaluateur a établi l’évaluation de sa propriété » (par. 299(1)) et « permet[ent] à la personne visée de consulter ou de recevoir un résumé de toute propriété évaluée dans la municipalité » (par. 300(1)). Le paragraphe 9(4) du *MRAC* prévoit que le comité de révision [TRADUCTION] « ne peut considérer des éléments de preuve d’une municipalité qui portent sur des renseignements qui ont été demandés par un plaignant en vertu de l’art. 299 ou 300 de la Loi, mais ne lui ont pas été fournis ».

[98] À notre sens, ces dispositions limitent l’examen du Comité aux questions découlant de l’avis d’évaluation initiale de la Ville qui ont fait l’objet d’une plainte présentée au moyen du formulaire prescrit par la personne visée ou par un contribuable. Par conséquent, une fois qu’une plainte est déposée, il incombe au plaignant de relever les erreurs dans l’évaluation de la Ville, laquelle peut uniquement défendre sa propre évaluation. Le fait de considérer que le par. 9(4) n’empêche pas une municipalité de changer d’avis à l’égard d’une évaluation et de présenter des éléments de preuve à l’appui de cette décision ne tiendrait pas compte du par. 9(1) du *MRAC*, lequel interdit expressément au comité de considérer quelque observation que ce soit [TRADUCTION] « à l’égard d’un point non mentionné dans le formulaire de plainte ». La compétence du comité de révision ne permet pas à la Ville d’agir dans les faits comme appelante à l’égard de sa propre évaluation. Cela expliquerait pourquoi le plaignant doit, 42 jours avant la date de l’audience (al. 8(2)(a) du *MRAC*), communiquer à la Ville et au comité de révision sa preuve documentaire, un résumé de sa preuve testimoniale ainsi que tout argument écrit à l’appui de sa plainte, alors que la Ville est uniquement tenue de lui communiquer ces renseignements 14 jours avant la date de l’audience (al. 8(2)(b) du *MRAC*).

[99] This interpretation also reflects the fact that the complaints process is pleading-driven, a feature reflected in assessment review boards' persistent refusal to consider issues that were not initially included in the complaint form. If respected, a pleading-driven process usually has the effect of streamlining and simplifying proceedings, enhancing the efficiency of this administrative regime.

[100] While it is true that the Board has the power to "change" an assessment roll with respect to any matter referred to in s. 460(5), this power must be interpreted in light of the Board's jurisdiction, as set out in s. 460.1(2) of the Act and in ss. 9(1) and 9(2) of the *MRAC*. To hold otherwise would fail to read these provisions as forming a consistent whole, since it would mean that the Board has the power to make decisions on matters it has no authority to hear.

[101] For these reasons, we would adopt the conclusion of Sulyma J. who concluded in *Wood Buffalo*, at para. 166, that

[a] complaint belongs to the taxpayer, not the Municipality. It gives the taxpayer an opportunity to demonstrate what the correct number should be . . . . The Municipality cannot then come in and ask the [Review Board] to change the assessment to an altogether different number; it can only defend the assessed amount as correct.

[102] This conclusion is also consistent with the Minister's description of the purpose of amendments to the complaints process in 2009, being to "provide taxpayers with the understandable, objective, and fair complaint and appeal system they deserve": *Alberta Hansard*, 2nd Sess., 27th Leg., April 21, 2009, at p. 735 (emphasis added). The complaint and appeal system were clearly intended to belong to "taxpayers". The Act must be interpreted in a manner consistent with this overarching purpose. An interpretation that would allow the City to hijack the complaint process by (1) using a new classification that was not identified on the complaint form or disclosed pursuant to the ss. 299 and 300 request (since it did not exist at the time of the request), (2) disclosing that new classification to the complainant a mere 14 days before the

[99] Cette interprétation traduit aussi le fait que le processus de contestation se déroule sur la base des actes de procédure produits, une particularité qui se reflète dans le refus persistant des comités de révision d'examiner des questions qui n'ont pas été initialement mentionnées dans le formulaire de plainte. S'il est respecté, un tel processus a généralement l'effet de rationaliser et de simplifier la procédure, ce qui renforce l'efficacité de ce régime administratif.

[100] S'il est vrai que le Comité a le pouvoir de [TRADUCTION] « modifier » le rôle d'évaluation à l'égard de tout point mentionné au par. 460(5), ce pouvoir doit être interprété au regard de la compétence du Comité, énoncée au par. 460.1(2) de la Loi et aux par. 9(1) et 9(2) du *MRAC*. Conclure autrement ferait défaut de reconnaître que ces dispositions forment un ensemble cohérent, et signifierait plutôt que le Comité est habilité à statuer sur des questions qu'il n'a pas le pouvoir d'examiner.

[101] Pour ces motifs, nous faisons nôtre la conclusion suivante de la juge Sulyma dans l'affaire *Wood Buffalo*, par. 166 :

[TRADUCTION] La plainte appartient au contribuable, et non à la municipalité. Elle donne à celui-ci l'occasion de démontrer quel devrait être le bon montant [. . .] La municipalité ne peut ensuite intervenir et demander [au comité de révision] de modifier l'évaluation et de l'établir à un montant complètement différent; elle peut seulement défendre l'exactitude de la valeur imposable.

[102] Cette conclusion s'accorde aussi avec la façon dont le ministre a décrit l'objectif des modifications apportées au processus de contestation en 2009, soit celui de [TRADUCTION] « doter les contribuables du système de contestation et d'appel compréhensible, objectif et juste qu'ils méritent » (*Alberta Hansard*, 2<sup>e</sup> sess., 27<sup>e</sup> lég., 21 avril 2009, p. 735 (nous soulignons)). Le système de contestation et d'appel était clairement censé appartenir aux « contribuables ». La Loi doit être interprétée conformément à cet objectif fondamental. Une interprétation qui permettrait à la Ville de détourner le processus de contestation (1) en utilisant une nouvelle classification qui n'est pas mentionnée dans le formulaire de plainte ou n'a pas été communiquée conformément à la demande fondée sur les art. 299 et 300 (étant donné que cette classification n'existait

hearing, and (3) asking the Board to increase the taxpayer's assessment based on that new classification irrespective of the subject matter or merits of the actual complaint, is, in our respectful view, an interpretation that does not provide taxpayers with an understandable, objective, or fair complaint system. Nor does it respect the clear policy choice of the Alberta legislature.

[103] As already noted (at para. 91), we do not mean to suggest that the assessment review boards can never increase an assessment. It is worth remembering that both an assessed person and any other taxpayer may file a complaint (s. 460(3) of the Act). It is conceivable that a taxpayer may file a complaint to have the assessed value on *another* property increased, so that the overall tax burden is more equitably distributed. In our view, assessment review boards could raise an assessment in these circumstances, where it is in response to a taxpayer's complaint and where the assessment review board's intervention is limited to matters raised in that complaint.

#### B. *Section 305 of the Act*

[104] Our view on the merits of this appeal is affirmed by s. 305 of the Act. It allows a municipality to correct an "error, omission or misdescription" on the assessment roll and send the taxpayer a revised notice of assessment:

**305(1)** If it is discovered that there is an error, omission or misdescription in any of the information shown on the assessment roll,

- (a) the assessor may correct the assessment roll for the current year only, and
- (b) on correcting the roll, an amended assessment notice must be prepared and sent to the assessed person.

pas au moment de la demande), (2) en communiquant cette nouvelle classification au plaignant seulement 14 jours avant l'audience et (3) en demandant au Comité de hausser l'évaluation du contribuable en fonction de cette nouvelle classification sans égard à l'objet ou au bien-fondé de la plainte, constitue, à notre humble avis, une interprétation qui n'a pas pour effet de doter les contribuables d'un système de contestation compréhensible, objectif ou juste. Une telle interprétation ne respecte pas non plus la décision de politique générale claire du législateur albertain.

[103] Comme nous l'avons déjà souligné (au par. 91), nous ne voulons pas laisser entendre que les comités de révision ne peuvent jamais hausser une évaluation. En effet, il convient de rappeler que la personne visée et tout autre contribuable peuvent déposer une plainte (art. 460(3) de la Loi). Or, il est possible d'imaginer qu'un contribuable dépose une plainte pour faire augmenter la valeur imposable d'une *autre* propriété, de sorte que le fardeau fiscal global soit plus équitablement réparti. À notre avis, un comité de révision pourrait augmenter une évaluation en pareilles circonstances, lorsqu'il répond à une plainte d'un contribuable et que son intervention se limite aux questions soulevées dans la plainte.

#### B. *Article 305 de la Loi*

[104] Notre opinion sur le fond du présent pourvoi est confirmée par l'art. 305 de la Loi. Cette disposition permet à la municipalité de corriger [TRADUCTION] « une erreur, une omission ou une mauvaise description » dans le rôle d'évaluation et d'envoyer au contribuable un avis d'évaluation révisé :

[TRADUCTION]

**305(1)** Si une erreur, une omission ou une mauvaise description est constatée dans les renseignements figurant dans le rôle d'évaluation,

- (a) l'évaluateur ne peut corriger le rôle d'évaluation que pour l'année courante, et
- (b) après correction du rôle, un avis d'évaluation modifié est établi et envoyé à la personne visée.

(2) If it is discovered that no assessment has been prepared for a property and the property is not listed in section 298, an assessment for the current year only must be prepared and an assessment notice must be prepared and sent to the assessed person.

(3) If exempt property becomes taxable or taxable property becomes exempt under section 368, the assessment roll must be corrected and an amended assessment notice must be prepared and sent to the assessed person.

(4) The date of every entry made on the assessment roll under this section or section 477 or 517 must be shown on the roll.

(5) If a complaint has been made under section 460 or 488 about an assessed property, the assessor must not correct or change the assessment roll in respect of that property until a decision of an assessment review board or the Municipal Government Board, as the case may be, has been rendered or the complaint has been withdrawn.

(6) Despite subsection (5), subsection (1)(b) does not apply if the assessment roll is

- (a) corrected as a result of a complaint being withdrawn by agreement between the complainant and the assessor, or
- (b) changed under section 477 or 517.

[105] The assessor is entitled to correct errors on the assessment roll at any time within 120 days of the end of the tax year for which the assessment was prepared, or 90 days following the final expiry date to appeal a decision on an assessment that is made by the Board or a court (“2015 Alberta Assessment Quality Minister’s Guidelines” (online), s. 2.4, adopted pursuant to *Matters Relating to Assessment and Taxation Regulation*, Alta. Reg. 220/2004, s. 15). However, the assessor’s ability to correct those errors is suspended while a complaint about the property is pending (s. 305(5)). It resumes once a decision is rendered or the complaint is withdrawn, though subject to the time limits set out above (s. 305(5)). Any correction to the assessment roll must be reported to the Minister (s. 305.1).

(2) S’il est constaté qu’aucune évaluation n’a été préparée à l’égard d’une propriété et que cette dernière ne figure pas à l’article 298, une évaluation doit être préparée pour l’année courante seulement et un avis d’évaluation doit être établi et envoyé à la personne visée.

(3) Si, conformément à l’article 368, une propriété exemptée devient imposable ou si une propriété imposable devient exemptée, le rôle d’évaluation doit être corrigé et un avis d’évaluation modifié doit être établi et envoyé à la personne visée.

(4) La date de toute inscription faite au rôle d’évaluation conformément au présent article ou à l’article 477 ou 517 doit figurer sur le rôle.

(5) Si une plainte relative à une propriété évaluée a été déposée en vertu de l’article 460 ou 488, l’évaluateur ne peut corriger ou modifier le rôle d’évaluation à l’égard de cette propriété tant que le comité de révision des évaluations ou la Commission municipale, selon le cas, n’a pas rendu une décision ou que la plainte n’a pas été retirée.

(6) Malgré le paragraphe (5), l’alinéa (1)(b) ne s’applique pas si le rôle d’évaluation :

- (a) est corrigé à la suite d’une plainte qui a été retirée par entente entre le plaignant et l’évaluateur;
- (b) est modifié en application de l’article 477 ou 517.

[105] L’évaluateur peut corriger les erreurs contenues dans le rôle d’évaluation en tout temps, dans les 120 jours suivant la fin de l’année d’imposition sur laquelle porte l’évaluation, ou dans les 90 jours suivant la date limite pour interjeter appel d’une décision rendue par le Comité ou une cour de justice relativement à une évaluation (« 2015 Alberta Assessment Quality Minister’s Guidelines » (en ligne), art. 2.4, adoptées conformément à l’art. 15 du règlement intitulé *Matters Relating to Assessment and Taxation Regulation*, Alta. Reg. 220/2004). Cependant, le pouvoir de l’évaluateur de corriger ces erreurs est suspendu pendant tout le temps où une plainte à l’égard de la propriété est pendante (par. 305(5)). Il peut recommencer à le faire lorsqu’une décision est rendue ou que la plainte est retirée, sous réserve toutefois des délais de prescription énoncés précédemment (par. 305(5)). Toute correction apportée au rôle d’évaluation doit être signalée au ministre (art. 305.1).

[106] The Act does not grant an assessor the right to complain about its own assessment — that right belongs only to “an assessed person or a taxpayer” (s. 460(3)). Instead, it grants the assessor the right to correct errors on the assessment roll before a complaint is submitted by an assessed person or taxpayer, or after a decision is rendered by the Board (or the complaint is withdrawn). The Act therefore prohibits the assessor from “correcting” errors on the assessment roll while a complaint is pending before the Board, and it denies the assessor the right to complain about its own assessment before the Board.

[107] The City nevertheless submits that a municipality is entitled to ask the Board to correct an error and increase the assessment if a complaint is pending. It suggests the prohibition on corrections to the assessment roll in s. 305(5) is designed to avoid complaints about unilaterally corrected assessments being piled on to an underlying complaint. Instead, the hearing is confined: “. . . the municipality can simply explain at the hearing of the first complaint its reasons for wanting to revise the assessment, and the Board can change the assessment as it deems necessary” (majority reasons, para. 55). With respect, this rationale does not account for the complaint procedure set out in the Act. If the assessed person requests access to the assessment record and to a summary of the assessment under ss. 299 and 300 of the Act, and then makes a complaint about the assessment to the Board, the municipality is prohibited from raising or relying on any information at the hearing that was not provided to the assessed person pursuant to the s. 299 or s. 300 request: s. 9(4) *MRAC*. The Board is also prohibited from hearing any matter in support of an issue not identified on the assessed person or taxpayer’s complaint form (s. 9(1)), or any evidence that was not properly disclosed (s. 9(2)).

[108] Far from being entitled to raise any error on the assessment roll before the Board and have that error corrected, the City is quite limited in the

[106] La Loi n’accorde pas à l’évaluateur le droit de se plaindre de sa propre évaluation — ce droit appartient seulement à [TRADUCTION] « la personne visée ou [au] contribuable » (par. 460(3)). Elle confère plutôt à l’évaluateur le droit de corriger des erreurs sur le rôle d’évaluation avant qu’une plainte ne soit déposée par la personne visée ou par un contribuable, ou après qu’une décision a été rendue par le Comité (ou que la plainte a été retirée). La Loi interdit donc à l’évaluateur de « corriger » des erreurs sur le rôle d’évaluation lorsqu’une plainte est pendante devant le Comité, et elle lui interdit de contester sa propre évaluation devant le Comité.

[107] La Ville soutient néanmoins qu’une municipalité a le droit de demander au comité de corriger une erreur et d’augmenter l’évaluation si une plainte est pendante. Elle avance que l’interdiction d’apporter des corrections au rôle d’évaluation prévue au par. 305(5) vise à empêcher que des plaintes au sujet d’évaluations corrigées unilatéralement s’ajoutent à une plainte sous-jacente. L’audition d’une plainte devrait plutôt se limiter à ce qui suit : « . . . la municipalité n’a simplement qu’à expliquer lors de l’audition de la plainte initiale les raisons pour lesquelles elle souhaite réviser l’évaluation, et le comité peut modifier celle-ci s’il juge nécessaire de le faire » (motifs des juges majoritaires, par. 55). Soit dit en tout respect, ce raisonnement ne tient pas compte de la procédure de contestation établie dans la Loi. Si la personne visée demande l’accès au dossier d’évaluation et à un résumé de l’évaluation en vertu des art. 299 et 300 de la Loi, et dépose ensuite une plainte relative à l’évaluation devant le Comité, il est interdit à la municipalité à l’audience d’invoquer tout renseignement ou de se fonder sur tout renseignement qui n’a pas été communiqué à la personne visée conformément à la demande fondée sur l’art. 299 ou 300 (par. 9(4) du *MRAC*). Il est également interdit au Comité de considérer quelque observation que ce soit à l’égard d’un point qui n’a pas été mentionné dans le formulaire de plainte de la personne visée ou du contribuable (par. 9(1)), ou toute preuve n’ayant pas été dûment communiquée (par. 9(2)).

[108] Loin d’avoir le droit de soulever devant le Comité quelque erreur que ce soit figurant dans le rôle d’évaluation et de faire corriger cette erreur,

issues it can raise and rely on before the Board. Even if the municipality could ask the Board to correct errors for it, it could not ask the Board to correct *any* error it might discover in the assessment — the Board may correct only those errors that happen to be related to the issues identified on the taxpayer's complaint form. It also cannot rely on any information relating to the assessment — even information that shows an error on the assessment roll that could be corrected but for the complaint — that it may have discovered after any s. 299 and s. 300 requests were fulfilled.

[109] To interpret the Act as permitting the City to ask the Board to correct any errors it may discover while the complaint is pending makes portions of s. 305 and the associated regulations redundant. If the municipality could ask the Board to correct any error, and if the Board were to have an overarching obligation to ensure that all assessments are fair, equitable, and correct — a point which we will return to below — then there would be no reason why the legislature would grant the municipality under s. 305(5) the ability to correct an error after a decision of an assessment review board has been rendered: the error would already have been corrected by the Board. As s. 305(5) states:

(5) If a complaint has been made under section 460 or 488 about an assessed property, the assessor must not correct or change the assessment roll in respect of that property until a decision of an assessment review board or the Municipal Government Board, as the case may be, has been rendered or the complaint has been withdrawn.

In other words, if the Board does indeed have an obligation to ensure all assessments are correct, then any decision rendered by the Board affirming or altering an assessment must result in a correct assessment. A correct assessment does not, by definition, admit of any subsisting errors.

la Ville dispose au contraire d'une latitude très limitée quant aux questions qu'elle peut invoquer et sur lesquelles elle peut se fonder devant le Comité. Même si la municipalité pouvait demander au Comité de corriger des erreurs pour elle, elle ne pourrait pas lui demander de corriger *toute* erreur qu'elle est susceptible de découvrir dans l'évaluation —, car le Comité peut corriger uniquement les erreurs se rapportant aux points mentionnés dans le formulaire de plainte du contribuable. Elle ne peut pas non plus s'appuyer sur des renseignements liés à l'évaluation qu'elle pourrait avoir découverts après avoir répondu aux demandes fondées sur les art. 299 et 300, même si ces renseignements démontrent l'existence sur le rôle d'évaluation d'une erreur qui pourrait être corrigée en l'absence de la plainte.

[109] Considérer que la Loi permet à la Ville de demander au Comité de corriger toute erreur qu'elle peut constater pendant que la plainte est pendante rend superflues certaines parties de l'art. 305 et des règlements connexes. Si la municipalité pouvait demander au Comité de corriger toute erreur, et si le Comité a l'obligation fondamentale de veiller à ce que toutes les évaluations soient justes, équitables et exactes — un point sur lequel nous reviendrons plus loin —, le législateur n'aurait aucune raison de conférer à la municipalité, au par. 305(5), le pouvoir de corriger une erreur après qu'une décision d'un comité de révision a été rendue : l'erreur aurait déjà été corrigée par le Comité. Comme l'indique le par. 305(5) :

[TRADUCTION]

(5) Si une plainte relative à une propriété évaluée a été déposée en vertu de l'article 460 ou 488, l'évaluateur ne peut corriger ou modifier le rôle d'évaluation à l'égard de cette propriété tant que le comité de révision des évaluations ou la Commission municipale, selon le cas, n'a pas rendu une décision ou que la plainte n'a pas été retirée.

Autrement dit, si le Comité a effectivement l'obligation de veiller à ce que toutes les évaluations soient exactes, toute décision du Comité confirmant ou modifiant une évaluation résulte donc inévitablement en une évaluation exacte et, par définition, une telle évaluation n'est pas censée comporter d'erreur.

[110] To conclude otherwise risks leaving meaningless the power of an assessor to correct errors on the assessment roll following a decision of the Board — which is expressly granted by s. 305(5).

### C. *Reliance and a Chilling Effect on Complaints*

[111] Were the review board's jurisdiction to extend beyond the parameters of the Company's complaint, municipalities would by implication be allowed to tax on one basis, and then later defend their assessments on another. This would have the effect of undermining a taxpayer's reliance on the City's assessment notice, as well as on any information the taxpayer might obtain through a request for access to the City's assessment record under s. 299 of the Act. As the Court of Appeal of Alberta noted in *Canadian Natural Resources Ltd. v. Wood Buffalo (Regional Municipality)*, 2014 ABCA 195, 575 A.R. 362:

The central purpose of taxpayer information rights is to provide taxpayers with information about the preparation of their tax assessments. In deciding whether to make a complaint and, if so, on what grounds, the taxpayer must know what it can rely upon. Reliance is defeated if the Municipality is permitted to defend a tax assessment on a basis different from that disclosed before the complaint was brought. Indeed, if a Municipality can defend an assessment on a basis different to that disclosed in a s. 299 response, a taxpayer will be prevented by s. 9(1) of *MRAC* from contesting the new basis for assessment (because the taxpayer's complaint form will have stated the issues in reliance on the information disclosed in the s. 299 response). [Emphasis added; para. 20.]

[112] Not only is reliance undermined, taxpayers going forward face the real, unexpected and legislatively unintended risk that a review board may *increase* an assessment in response to their complaint. In *Immeubles B.P. Ltée v. Ville d'Anjou*, [1978] C.S. 422, Rothman J., then of the Quebec Superior Court, worried with regard to a similar complaint process

[110] Conclure autrement risque de priver de tout sens le pouvoir d'un évaluateur de corriger des erreurs sur le rôle d'évaluation à la suite d'une décision du Comité — pouvoir expressément conféré par le par. 305(5).

### C. *Confiance et effet dissuasif*

[111] Si la compétence du comité de révision était élargie au-delà des paramètres de la plainte de la Société, les municipalités seraient, par implication, autorisées à imposer sur une base, puis à défendre leurs évaluations sur une autre par la suite. Cela aurait pour effet de saper la confiance que le contribuable est justifié d'accorder à l'avis d'évaluation de la Ville et à tout renseignement qu'il est susceptible d'obtenir au moyen d'une demande d'accès au dossier d'évaluation fondée sur l'art. 299 de la Loi. Comme l'a souligné la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *Canadian Natural Resources Ltd. c. Wood Buffalo (Regional Municipality)*, 2014 ABCA 195, 575 A.R. 362 :

[TRADUCTION] L'objectif principal du droit à l'information des contribuables est de leur fournir des renseignements au sujet de la préparation de leurs évaluations foncières. Pour décider s'il convient de déposer une plainte et, dans l'affirmative, quels moyens invoquer, les contribuables doivent savoir à quels renseignements ils peuvent se fier. Ils ne sauraient avoir confiance en ceux-ci si la municipalité était autorisée à défendre une évaluation foncière sur un fondement différent de celui communiqué avant le dépôt de la plainte. En effet, si une municipalité peut défendre une évaluation sur un fondement différent de celui communiqué dans une réponse à une demande fondée sur l'art. 299, le par. 9(1) du *MRAC* aura pour effet d'empêcher le contribuable de contester le nouveau fondement de l'évaluation (étant donné que les questions énoncées dans le formulaire de plainte du contribuable reposeront sur les renseignements qui lui ont été communiqués dans la réponse à sa demande fondée sur l'art. 299). [Nous soulignons; par. 20.]

[112] Non seulement la confiance que sont justifiés d'accorder les contribuables aux renseignements qui leur sont communiqués est-elle sapée, mais ceux parmi eux qui décident de maintenir leur plainte courent le risque réel, imprévu et non voulu par le législateur qu'un comité de révision puisse *augmenter* une évaluation en réponse à cette plainte. Dans

that “ratepayers could find themselves penalized for having exercised their rights”, and that this “would almost certainly discourage some ratepayers from exercising” these rights (p. 425). A similar concern was voiced by Robertson J.A. in *Executive Director of Assessment (N.B.) v. Ganong Bros. Ltd.*, 2004 NBCA 46, 271 N.B.R. (2d) 43, who observed that the purpose of the taxpayer’s appeal was to “provide property owners with a meaningful right of appeal from an assessment that the Director is prepared to defend”, and not to “provide the Director with a weapon to discourage otherwise potentially valid appeals to the Appeal Board” (para. 129). We agree, and would add that to decide otherwise would make fewer potentially unfair and inequitable assessments subject to the scrutiny of assessment review boards. Again, this chilling effect undermines the policy choice of the Alberta legislature.

*D. Notice Periods Intended to Benefit Assessed Persons*

[113] Allowing the City to respond to a complaint by effectively submitting to the Board an entirely new assessment would undermine certain notice periods intended to benefit taxpayers. Each municipality must annually prepare assessment notices for all assessed property and send them to the assessed persons: s. 308 of the Act. Under normal circumstances, once an assessment notice has been prepared and sent to the assessed person, a complaint may be made within 60 days after that notice (or an amended assessment notice) is sent: s. 309(1)(c). The assessed person may make use of this period to request copies of the assessment record: s. 299(1) and (1.1).

[114] In this case, the City did not amend its assessment roll, nor did it send the Company an amended notice of assessment. It would have been barred from doing so by s. 305(5) of the Act. Instead, the City simply presented its new assessment

la décision *Immeubles B.P. Ltée c. Ville d’Anjou*, [1978] C.S. 422, le juge Rothman (plus tard juge à la Cour d’appel du Québec) craignait, relativement à un processus de contestation similaire, que [TRADUCTION] « les contribuables puissent être pénalisés pour avoir exercé leurs droits » et que cela « décourag[e] presque à coup sûr certains d’entre eux d’exercer » les droits en question (p. 425). Le juge Robertson a exprimé une préoccupation semblable dans l’arrêt *Directeur exécutif de l’évaluation (N.-B.) c. Ganong Bros. Ltd.*, 2004 NBCA 46, 271 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 43, où il a fait remarquer que l’objectif de l’appel du contribuable était de « conférer aux propriétaires fonciers le droit effectif d’en appeler d’une évaluation que le directeur est disposé à défendre », et non de « donner au directeur une arme visant à décourager des appels potentiellement valides à la Commission d’appel » (par. 129). Nous sommes d’accord, et nous ajouterions que conclure autrement ferait en sorte que moins d’évaluations potentiellement injustes et inéquitables seraient soumises à l’examen des comités de révision. Là encore, cet effet dissuasif mine la décision de politique générale du législateur albertain.

*D. Délais de notification dont sont censées bénéficier les personnes visées*

[113] Permettre à la Ville de répondre à une plainte en soumettant au Comité une évaluation entièrement nouvelle nuirait à l’efficacité de certains délais de notification dont sont censés bénéficier les contribuables. Chaque municipalité doit préparer annuellement des avis d’évaluation pour toutes les propriétés évaluées et les envoyer aux personnes visées (art. 308 de la Loi). Dans des circonstances normales, une fois qu’un avis d’évaluation a été préparé et envoyé à la personne visée, une plainte peut être déposée dans les 60 jours suivant l’envoi de cet avis (ou d’un avis d’évaluation modifié) (al. 309(1)(c)). La personne visée peut se prévaloir de ce délai pour demander des copies du dossier d’évaluation (par. 299(1) et (1.1)).

[114] En l’espèce, la Ville n’a pas modifié son rôle d’évaluation et n’a pas non plus envoyé à la Société un avis d’évaluation modifié. Le paragraphe 305(5) de la Loi l’aurait empêché de le faire. La Ville a plutôt simplement présenté sa nouvelle évaluation dans

in the course of its submissions on the Company's complaint. As a result, the Company was denied its 60-day period to consider whether and how to contest the City's proposed assessment. The City was only bound by its disclosure requirements under the *MRAC*. These disclosure requirements only required the City to reveal its documentary evidence, a summary of its testimonial evidence, and its written argument 14 days before the hearing date: s. 8(2) *MRAC*.

[115] By allowing the City to present a virtually new assessment to the Company only 14 days before the hearing, the Board denied the Company adequate time to prepare arguments that could respond to this new assessment. The Company's ability to seek an adjournment if it needed more time to respond is beside the point: the legislature prescribed these notice periods to ensure fairness and objectivity in the complaints process, not to avoid adjournments. The Court must take care not to undermine the intended effect of these notice periods, thereby frustrating the clear and simple complaints procedure the Alberta legislature chose to enact. A taxpayer would never know whether his or her complaint would be heard based on the original assessment which the taxpayer chose to complain about, or a new assessment sprung on him or her 14 days before the hearing — a new assessment which, in turn, may necessitate an adjournment, delay, and increased costs as the taxpayer works to determine how he or she wishes to respond to it.

#### E. *Fair and Equitable Assessment*

[116] While fairness and equity are, of course, features of the legislative scheme, the Board itself does not have a free-standing obligation or right to ensure all assessments are fair and equitable. The Board is simply an adjudicator that is limited to responding to the matters raised in the taxpayer's or assessed person's complaint. Its jurisdiction is limited only to hearing and adjudicating complaints of taxpayers. It is true that the Board is prohibited from

le cadre de ses observations sur la plainte de la Société. Cette dernière n'a donc pas pu bénéficier de son délai de 60 jours pour décider s'il y avait lieu de contester l'évaluation proposée par la Ville et, dans l'affirmative, de quelle façon elle voulait procéder. La Ville n'était liée que par les exigences de communication que lui impose le *MRAC*. Celles-ci l'obligeaient uniquement à communiquer sa preuve documentaire, un résumé de sa preuve testimoniale et son argumentation écrite 14 jours avant la date de l'audience (par. 8(2) du *MRAC*).

[115] En permettant à la Ville de présenter à la Société une évaluation virtuellement nouvelle seulement 14 jours avant l'audience, le Comité a privé la seconde d'un délai raisonnable pour préparer des arguments en réponse à cette nouvelle évaluation. Le fait que la Société avait la faculté de solliciter un ajournement si elle avait besoin de plus de temps pour réagir est sans pertinence : le législateur a prévu ces délais de notification pour assurer le caractère juste et objectif du processus de contestation, et non pour éviter des ajournements. La Cour doit se garder de miner l'effet recherché par l'établissement de ces délais de notification et de contre-carrer par le fait même la procédure de contestation claire et simple que le législateur albertain a choisi d'adopter. S'il en était autrement, le contribuable ne saurait jamais si sa plainte sera instruite sur le fondement de l'évaluation initiale qu'il a décidé de contester ou sur la base d'une nouvelle évaluation qui lui est transmise soudainement 14 jours avant l'audience — nouvelle évaluation qui, pour sa part, peut nécessiter un ajournement, un délai et des dépenses accrues afin de déterminer comment y répondre.

#### E. *Évaluation juste et équitable*

[116] Bien que la justice et l'équité soient certes des caractéristiques du régime législatif, le Comité lui-même n'a pas l'obligation particulière ou le droit particulier de s'assurer que les toutes les évaluations sont justes et équitables. Le Comité est simplement un arbitre dont le rôle se limite à répondre aux questions soulevées dans la plainte du contribuable ou de la personne visée. Il a uniquement compétence pour entendre et trancher les

*altering* an assessment that it deems to be fair and equitable (s. 467(3) of the Act), but this does not mean that it must in every case determine the correct, fair and equitable value for the assessment. Its jurisdiction is limited to reviewing the matters indicated on the complaint form, not determining the fairness and correctness of each assessment *de novo*.

[117] Fairness and equity in municipal assessments are achieved in the Act through the operation of the Act as a whole, not through the jurisdiction of review boards. The assessor itself has a duty to ensure that the assessment is fair and equitable (s. 293(1) of the Act). The municipality qua assessor has no right to complain about an assessment because, in exercising its yearly responsibility to assess property, it already has a statutory duty to produce a fair and equitable assessment. Instead, the municipality was given the ability to correct errors on the assessment roll (s. 305) and taxpayers and assessed persons were given a right to complain about assessments (s. 460).

[118] Nor is, the Board responsible for ensuring that assessments are prepared according to the statutorily prescribed criteria. This responsibility lies with the Minister. The Alberta legislature did not create a scheme that would require the Board to allow unfair or inequitable assessments to remain on the assessment roll. If the Board's jurisdiction precludes it from considering certain matters that go to the fairness or equity of an assessment, the Board may use its power to refer any assessment it deems to be unfair or inequitable to the Minister:

**476.1** An assessment review board may refer any assessment that it considers unfair and inequitable to the Minister and the Minister may deal with it under sections 324 and 571.

[119] If the Board chooses to refer an inequitable or unfair assessment to the Minister, the Minister

plaintes des contribuables. Il est vrai que le Comité ne peut *modifier* une évaluation qu'il estime juste et équitable (par. 467(3) de la Loi), mais cela ne veut pas dire qu'il doit dans chaque cas décider du montant exact, juste et équitable de l'évaluation. Il n'a compétence que pour examiner les questions énoncées dans le formulaire de plainte, et non pour statuer *de novo* sur le caractère juste et exact de chaque évaluation.

[117] C'est l'application de la Loi dans son ensemble, et non la compétence des comités de révision, qui permet d'assurer le caractère juste et équitable d'une évaluation municipale. D'ailleurs, l'évaluateur lui-même a l'obligation de s'assurer que l'évaluation est juste et équitable (par. 293(1) de la Loi). La municipalité, en qualité d'évaluateur, n'a pas le droit de contester une évaluation, étant donné qu'elle est déjà tenue par la loi de produire une évaluation juste et équitable lorsqu'elle exerce chaque année sa responsabilité d'évaluer les propriétés. La municipalité s'est plutôt vu conférer le pouvoir de corriger des erreurs sur le rôle d'évaluation (art. 305), et les contribuables et les personnes visées le droit de contester les évaluations (art. 460).

[118] Le Comité n'a pas non plus la responsabilité de veiller à ce que les évaluations soient préparées selon les critères fixés par la loi. Cette responsabilité incombe au ministre. Le législateur albertain n'a pas créé un régime qui oblige le Comité à permettre que des évaluations injustes ou inéquitable demeurent au rôle d'évaluation. Si le Comité n'a pas compétence pour examiner certaines questions touchant au caractère juste ou équitable d'une évaluation, il peut utiliser son pouvoir lui permettant de renvoyer au ministre toute évaluation qu'il estime injuste ou inéquitable :

[TRADUCTION]

**476.1** Le comité de révision des évaluations peut renvoyer au ministre toute évaluation qu'il estime injuste et inéquitable, et celui-ci peut se prononcer sur celle-ci conformément aux articles 324 et 571.

[119] Si le Comité choisit de renvoyer au ministre une évaluation inéquitable ou injuste, ce dernier est

is empowered to inquire into the preparation of the assessment (s. 571 of the Act). If the Minister concludes that the assessment is not fair or equitable, the Minister may order that the assessment be quashed and a new assessment prepared:

**324(1)** If, after an inspection under section 571 or an audit under the regulations is completed, the Minister is of the opinion that an assessment

- (a) has not been prepared in accordance with the rules and procedures set out in this Part and the regulations,
- (b) is not fair and equitable, taking into consideration assessments of similar property, or
- (c) does not meet the standards required by the regulations,

the Minister may quash the assessment and direct that a new assessment be prepared.

**(2)** On quashing an assessment, the Minister must provide directions as to the manner and times in which

- (a) the new assessment is to be prepared,
- (b) the new assessment is to be placed on the assessment roll, and
- (c) amended assessment notices are to be sent to the assessed persons.

**(3)** The Minister must specify the effective date of a new assessment prepared under this section.

[120] It is therefore the Minister who has a free-standing obligation to ensure that all assessments are fair and equitable and that they conform to the statutory criteria. The Board has no such authority.

#### F. *Application*

[121] In this case, the Company identified the “issues of complaint” on the prescribed complaint form as follows: “The assessed value of this property is greater than its actual market value.” It requested information pursuant to ss. 299 and 300 relating to

habilité à enquêter sur la préparation de l'évaluation (art. 571 de la Loi). S'il conclut que l'évaluation n'est pas juste ou équitable, le ministre peut ordonner qu'elle soit annulée et qu'une nouvelle évaluation soit préparée :

[TRADUCTION]

**324(1)** Si, après une inspection fondée sur l'article 571 ou une vérification réglementaire, le ministre est d'avis qu'une évaluation :

- (a) n'a pas été préparée conformément aux règles et aux procédures prévues par la présente partie et par règlement;
- (b) n'est pas juste et équitable, compte tenu des évaluations de propriétés similaires; ou
- (c) ne répond pas aux normes prescrites par règlement;

il peut annuler celle-ci et ordonner qu'une nouvelle évaluation soit préparée.

**(2)** Lorsqu'il annule une évaluation, le ministre doit fournir des directives quant à la façon et au moment :

- (a) de préparer la nouvelle évaluation;
- (b) d'inscrire la nouvelle évaluation au rôle d'évaluation;
- (c) d'envoyer les avis d'évaluation modifiés aux personnes visées.

**(3)** Le ministre doit préciser la date d'entrée en vigueur de la nouvelle évaluation préparée conformément au présent article.

[120] C'est donc le ministre qui a l'obligation particulière de s'assurer que toutes les évaluations sont justes et équitables et qu'elles sont conformes aux critères établis par la loi. Le Comité n'a pas de pouvoir à cet égard.

#### F. *Application*

[121] En l'espèce, la Société a indiqué ce qui suit sur le formulaire prescrit, sous la rubrique [TRADUCTION] « questions soulevées » : « La valeur imposable de la présente propriété est supérieure à sa valeur marchande réelle. » Elle a demandé, conformément

the preparation of the original assessment, and indicated on its complaint form that this information was provided. The Company therefore prepared its complaint according to the original assessment and the information disclosed to it about that assessment.

[122] In response to the complaint, the City indicated to the Company that it intended to alter the classification maintained in the original assessment and seek an increase in the assessed value from the Board. This was disclosed to the Company 14 days before the date set for hearing, well after the Company received information relating to the preparation of the original assessment, and well after the Company prepared its complaint based on that original assessment.

[123] The original classification of the property formed the basis of the Company's complaint. The Company characterized the mall as a "lower-tier community shopping centre", located in "one of the lowest purchasing power neighbourhoods in greater Edmonton". Vacancy rates in the mall were high, causing a decline in the value of the mall. The ultimate basis of the Company's complaint was that the mall was "assessed at value comparable to that applied to better property", based on the original classification of the property.

[124] Further, given that the basis of the complaint was that the assessed value of the mall exceeded its market value given its classification as a "lower-tier community shopping centre", the Board was limited to considering the matter as framed on the complaint form: s. 9(1) *MRAC*. Because the Board considered information that it was statutorily prohibited from considering, the Board's decision to increase the assessed value based on the City's submissions must be quashed.

aux art. 299 et 300, des renseignements liés à la préparation de l'évaluation initiale, et elle a précisé sur son formulaire de plainte que ceux-ci avaient été fournis. La Société a en conséquence préparé sa plainte en fonction de l'évaluation initiale et des renseignements qui lui ont été communiqués au sujet de celle-ci.

[122] En réponse à la plainte, la Ville a indiqué à la Société qu'elle avait l'intention de modifier la classification inscrite dans l'évaluation initiale et de solliciter une hausse de la valeur imposable auprès du Comité. Cette intention a été communiquée à la Société 14 jours avant la date fixée pour l'audience, soit bien après que cette dernière eut reçu les renseignements liés à la préparation de l'évaluation initiale et qu'elle eut préparé sa plainte sur le fondement de cette évaluation.

[123] La classification initiale de la propriété constitue le fondement de la plainte de la Société. Selon celle-ci, le centre commercial est un [TRADUCTION] « centre commercial communautaire de palier inférieur », situé dans « l'un des quartiers où le pouvoir d'achat est le plus bas dans la grande région d'Edmonton ». Comme son taux d'inoccupation était élevé, sa valeur s'en trouvait diminuée. La plainte de la Société reposait ultimement sur le fait que le centre commercial s'est vu, par rapport à la classification initiale de la propriété, « assigner une valeur comparable à celle d'une propriété de palier supérieur ».

[124] De plus, vu que la plainte était fondée sur le fait que la valeur imposable du centre commercial excédait sa valeur marchande compte tenu de sa classification en tant que [TRADUCTION] « centre commercial communautaire de palier inférieur », le Comité pouvait uniquement examiner la question telle qu'elle avait énoncée dans le formulaire de plainte (par. 9(1) du *MRAC*). Comme le Comité a considéré des renseignements que la loi lui interdisait d'examiner, sa décision d'augmenter la valeur imposable sur la base des observations de la Ville doit être annulée.

#### IV. Conclusion

[125] The appropriate standard of review is correctness. Applying that standard, we conclude that the Board erred in increasing the assessment in this case. We would therefore dismiss the appeal and affirm the decisions of the Court of Queen's Bench and Court of Appeal. The matter should be remitted to the Board for a hearing *de novo*. We would award costs to the Company in this Court and the courts below, payable by the City only. Costs should be awarded against the Board in the courts below only.

*Appeal allowed with costs, McLACHLIN C.J. and MOLDAVER, CÔTÉ and BROWN JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: City of Edmonton, Edmonton.*

*Solicitors for the respondent: Wilson Laycraft, Calgary; Gowling WLG (Canada), Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Assessment Review Board for the City of Edmonton: Emery Jamieson, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Assessment Authority: Crease Harman, Victoria.*

#### IV. Conclusion

[125] La norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. En appliquant cette norme, nous concluons que le Comité a commis une erreur en augmentant l'évaluation en l'espèce. En conséquence, nous rejeterions le pourvoi et nous confirmerions les décisions de la Cour du Banc de la Reine et de la Cour d'appel. L'affaire devrait être renvoyée au Comité pour qu'il tienne une nouvelle audience. Nous accorderions à la Société ses dépens devant notre Cour et devant les cours d'instance inférieure, payables par la Ville seulement. Le Comité devrait être condamné aux dépens uniquement devant les cours d'instance inférieure.

*Pourvoi accueilli avec dépens, la juge en chef McLACHLIN et les juges MOLDAVER, CÔTÉ et BROWN sont dissidents.*

*Procureure de l'appelante : Ville d'Edmonton, Edmonton.*

*Procureurs de l'intimée : Wilson Laycraft, Calgary; Gowling WLG (Canada), Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant Assessment Review Board for the City of Edmonton : Emery Jamieson, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante British Columbia Assessment Authority : Crease Harman, Victoria.*

**Albert Benhaim and  
Michael O'Donovan** *Appellants*

v.

**Cathie St-Germain, personally and  
in her capacity as tutor to her minor son,  
whose name is being kept confidential,  
and in her capacity as universal legatee of  
the late Marc Émond** *Respondent*

**INDEXED AS: BENHAIM v. ST-GERMAIN**

**2016 SCC 48**

File No.: 36291.

2016: April 28; 2016: November 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Civil liability — Medical malpractice — Negligence — Causation — Evidence — Presumption of fact — Physicians negligently delaying patient's cancer diagnosis — Patient dying of lung cancer — Physicians' negligence undermining plaintiff's ability to prove causation — Trial judge refusing to apply presumption of fact in favour of causation and finding causation not established — Whether trial judge required to draw adverse inference of causation or apply presumption of fact where defendant's negligence undermines plaintiff's ability to prove causation and where at least some evidence of causation adduced — Whether Court of Appeal justified in reversing trial judge's decision on basis of error of law — Whether trial judge committed palpable and overriding error in appreciation of facts — Civil Code of Québec, art. 2849.*

E, a non-smoker who exercised regularly and took care of himself, died tragically of lung cancer at the age of 47. His partner, in her own name, in her capacity as tutor to her son, and as E's universal legatee, brought an action against E's physicians. She alleged that the negligent

**Albert Benhaim et  
Michael O'Donovan** *Appellants*

c.

**Cathie St-Germain, personnellement et  
en sa qualité de tutrice à son fils mineur  
dont le nom est gardé confidentiel, et  
en sa qualité de légataire universelle de feu  
Marc Émond** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : BENHAIM c. ST-GERMAIN**

**2016 CSC 48**

N° du greffe : 36291.

2016 : 28 avril; 2016 : 10 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Responsabilité civile — Faute médicale — Négligence — Causalité — Preuve — Présomption de fait — Diagnostic de cancer chez le patient retardé en raison de la négligence des médecins — Décès du patient atteint de cancer du poumon — Possibilité pour la demanderesse de prouver l'existence du lien de causalité minée par la négligence des médecins — Refus par la juge de première instance d'admettre une présomption de fait en faveur de la causalité et conclusion selon laquelle le lien de causalité n'a pas été établi — Le juge des faits est-il tenu de tirer une inférence de causalité défavorable ou d'admettre la présomption de fait lorsque la négligence du défendeur compromet la possibilité pour le demandeur d'établir le lien de causalité, et lorsqu'au moins certains éléments de preuve du lien de causalité ont été produits? — La Cour d'appel a-t-elle infirmé à bon droit la décision de la juge de première instance au motif qu'elle était entachée d'une erreur de droit? — La juge de première instance a-t-elle commis une erreur manifeste et dominante dans son appréciation des faits? — Code civil du Québec, art. 2849.*

Non-fumeur qui faisait régulièrement de l'exercice et prenait soin de sa personne, E est décédé tragiquement d'un cancer du poumon à l'âge de 47 ans. Sa conjointe, personnellement, en sa qualité de tutrice à son fils et en sa qualité de légataire universelle de E, a intenté une action

delay in diagnosing E's cancer caused his death. The physicians argued that the cancer would likely have taken E's life even if he had been promptly diagnosed, and therefore, that the delay in diagnosing him was not the cause of his death. At trial, the three expert witnesses formed opinions on the basis of incomplete information and each opinion involved some degree of speculation and estimation as to the staging of E's lung cancer. The trial judge allowed the action in part on the basis that while E's physicians were both negligent, their negligence did not cause E's death. In coming to this conclusion, the trial judge recognized that she could draw an adverse inference of causation against the physicians because their negligence made it impossible to prove causation, but she drew no such inference. Damages were only awarded to E's partner personally and in her capacity as universal legatee for the anguish caused by the physicians' negligent handling of E's treatment. The Quebec Court of Appeal reversed that decision. The majority held that the trial judge erred in law by failing to draw an adverse inference of causation. The concurring judge concluded that the trial judge should have found that causation had been established.

*Held* (Abella, Côté and Brown JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* McLachlin C.J. and Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: A trier of fact is not required to draw an adverse inference of causation or apply a presumption of fact as defined in art. 2849 of the *Civil Code of Québec* in medical liability cases where the defendant's negligence undermines the plaintiff's ability to prove causation and where the plaintiff adduces at least some evidence of causation. This Court's decisions in *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, and *St-Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491, make it clear that in such circumstances, an adverse inference of causation is one that trial judges are permitted to draw. It is not one they are required to draw. In Quebec civil law, the adverse inference discussed in *Snell* constitutes nothing more than a presumption of fact as defined in art. 2849, and the principles laid down in *Snell* for drawing inferences as part of the ordinary fact-finding process apply to triers of fact making determinations on causation. The principles must not be interpreted in a manner that alters the burden of proof or departs from the criteria for establishing presumptions of fact. In weighing the evidence, trial judges may consider

contre les médecins de E. Selon elle, c'est le diagnostic de cancer intervenu trop tard par négligence qui a causé la mort de E. De l'avis des médecins, le cancer aurait vraisemblablement eu raison de E même s'il avait été rapidement diagnostiqué, et, en conséquence, le diagnostic tardif n'a pas causé la mort de E. Au procès, les trois témoins experts ont fondé leurs avis sur des renseignements incomplets, et leurs avis comportaient une certaine part de conjectures et d'hypothèses quant à l'évolution du cancer du poumon de E. La juge de première instance a accueilli l'action en partie au motif que, bien que les médecins de E aient tous deux fait preuve de négligence, leur négligence n'avait pas causé la mort de E. En arrivant à cette conclusion, la juge de première instance a reconnu qu'elle pouvait tirer une inférence de causalité défavorable aux médecins, car, en raison de leur négligence, il était impossible de prouver l'existence d'un lien de causalité; elle n'a toutefois pas tiré une telle inférence. Des dommages-intérêts ont été accordés uniquement à la conjointe de E personnellement et en sa qualité de légataire universelle pour l'angoisse dont celle-ci avait souffert en raison de la négligence des médecins dans le traitement de E. La Cour d'appel du Québec a infirmé cette décision. Les juges majoritaires ont conclu que la juge de première instance avait commis une erreur de droit en ne tirant pas d'inférence de causalité défavorable. Dans ses motifs concordants, l'autre juge a estimé qu'elle aurait dû conclure que le lien de causalité avait été établi.

*Arrêt* (les juges Abella, Côté et Brown sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Karakatsanis, Wagner et Gascon : Le juge des faits n'est pas tenu de tirer une inférence de causalité défavorable ou d'appliquer la présomption de fait prévue à l'art. 2849 du *Code civil du Québec* dans les affaires de responsabilité médicale où la négligence du défendeur compromet la possibilité pour le demandeur d'établir le lien de causalité et où le demandeur produit au moins certains éléments de preuve du lien de causalité. Les arrêts de la Cour *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, et *St-Jean c. Mercier*, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491, indiquent clairement que dans ces circonstances une inférence de causalité défavorable peut être tirée par le juge des faits. Ce dernier n'est pas obligé de la tirer. En droit civil québécois, l'inférence défavorable dont il est question dans l'arrêt *Snell* n'est rien de plus que la présomption de fait prévue à l'art. 2849, et les principes énoncés dans l'arrêt *Snell* sur les inférences dans le cadre du processus ordinaire d'appréciation des faits s'appliquent lorsqu'il s'agit de décider si le lien de causalité a été établi. Il ne faut pas interpréter ces principes de sorte à modifier le fardeau de preuve ou à rompre

the ability of the parties to produce evidence. Whether the inference or presumption arises on the facts must be assessed according to a legal, not a scientific, standard. Furthermore, because an adverse inference of causation is a component of the fact-finding process, the decision as to whether the inference is warranted in a particular case falls within the discretion of the trier of fact, to be determined with reference to all of the evidence, and is reviewable on the stringent standard of palpable and overriding error.

In this case, despite using permissive language to describe the adverse inference discussed in *Snell*, the Court of Appeal failed to give effect to its discretionary nature. Indeed, by reversing the trial judge's decision on the basis of an error of law the court wrongly treated the inference as compulsory. The trial judge did not commit an error of law in applying the rules of evidence. She applied *St-Jean*, pursuant to which presumptions of causation can be applied only when they are serious, precise and concordant. She did not think that these criteria were met in this case, as she chose to believe the physicians' expert over the plaintiff's experts. She was not required by law to apply a presumption of fact against the physicians simply because (i) it was impossible to prove causation as a result of the physicians' fault; and (ii) the plaintiff adduced some affirmative evidence that the physicians' fault was linked to the loss.

The Court of Appeal also failed to show deference to the trial judge's weighing of the evidence. The trial judge did not improperly rely on the speculative expert evidence adduced in this case at the expense of statistical evidence. Trial judges are empowered to make legal determinations even where medical experts are not able to express an opinion with certainty. Moreover, while courts may take statistics into account when determining causation, statistical evidence should be approached with caution — it is not determinative. It is also for the trial judge to decide what weight, if any, to give to statistical evidence, and drawing an inference from such evidence is an inherent, and often implicit, part of the fact-finding process. It must be interpreted in light of the whole of the evidence, and that interpretation is entitled to considerable deference on appeal. In this case, the trial judge did not commit a palpable and overriding error in relying on the opinion of an expert who acknowledged the uncertainty in his opinion. She carefully weighed the evidence as a whole, including

avec les critères en matière de présomptions de fait. Le juge qui apprécie la preuve peut prendre en considération la possibilité pour chaque partie d'en produire. Il faut décider selon une norme juridique, et non scientifique, si les faits donnent naissance ou non à l'inférence ou à la présomption. De plus, comme une inférence de causalité défavorable s'inscrit dans le processus d'appréciation des faits, la décision sur la question de savoir si une inférence est justifiée dans une affaire donnée relève du pouvoir discrétionnaire du juge des faits, qui tranche au vu de l'ensemble de la preuve, et une telle décision est assujettie à la norme exigeante de l'erreur manifeste et dominante.

Dans la présente affaire, la Cour d'appel décrit l'inférence défavorable dont il est question dans l'arrêt *Snell* comme étant discrétionnaire, mais elle ne tient pas compte de ce caractère discrétionnaire. En fait, en infirmant la décision de la juge de première instance au motif qu'elle avait commis une erreur de droit, la cour confère à tort à l'inférence un caractère obligatoire. La juge de première instance n'a commis aucune erreur de droit en appliquant les règles de preuve. Elle a suivi l'arrêt *St-Jean*, selon lequel les présomptions de causalité ne sont appliquées que si elles sont graves, précises et concordantes. Elle ne croyait pas qu'il avait été satisfait à ces critères en l'espèce, car elle a retenu le témoignage de l'expert des médecins, plutôt que ceux des experts de la demanderesse. Elle n'était pas tenue en droit d'appliquer une présomption de fait défavorable aux médecins simplement parce que (i) leur faute empêchait de prouver le lien de causalité et que (ii) la demanderesse avait produit certains éléments de preuve affirmative d'un lien unissant la faute des médecins à la perte.

De plus, la Cour d'appel n'a pas fait preuve de déférence à l'égard de l'appréciation de la preuve par la juge de première instance. Cette dernière ne s'est pas fondée à tort sur la preuve d'expert conjecturale produite en l'espèce au détriment de la preuve statistique. Un juge de première instance a le pouvoir de tirer en droit une conclusion même lorsque les experts médicaux ne sont pas en mesure d'exprimer leur avis avec certitude. En outre, bien que les tribunaux puissent tenir compte des statistiques dans l'analyse relative au lien de causalité, une preuve statistique commande la prudence; elle n'est pas déterminante. Il appartient aussi au juge de première instance de décider quel poids, s'il y en a, accorder à la preuve statistique; tirer une inférence à partir d'une telle preuve constitue une partie inhérente, et souvent implicite, de l'appréciation des faits. Elle doit être interprétée à la lumière de l'ensemble de la preuve, et cette interprétation commande un degré élevé de déférence en appel. En l'espèce, la juge de première instance n'a pas

the statistical evidence, the evidence specific to E, and the three expert opinions, all of which involved some speculation. She made no palpable and overriding error in finding that the plaintiff had failed to establish causation on a balance of probabilities.

*Per* Abella, Côté and Brown JJ. (dissenting): There is agreement with the majority that the Court of Appeal erred in characterizing as an error of law the trial judge's failure to draw an adverse inference or to apply a factual presumption under the *Code*. However, the Court of Appeal did not misstate the rule described in *Snell* and *St-Jean*. Rather, it correctly summarized *Snell* and held that judges are permitted to draw an unfavourable inference in some circumstances.

Nevertheless, the Court of Appeal's mischaracterization of the trial judge's failure to draw an adverse inference is of no consequence to the outcome of the case, because that failure constituted a palpable and overriding error. The trial judge committed three errors in her understanding of the evidence. First, she misconstrued the physicians' expert's testimony. Second, she omitted key objective evidence, namely the fact that E survived more than 31 months even though the life expectancy of patients diagnosed with stage III to stage IV lung cancer is 8 to 12 months. This evidence was supported by uncontested statistical data, and while such data should not be the sole basis for drawing an inference or applying a presumption of fact, it may help to confirm the trial judge's factual determinations. Third, she erred in the resulting inference-drawing process itself. Had the trial judge disregarded the highly speculative facts on which the physicians' expert's testimony was based, and had she taken into account E's survival period, she would have drawn an inference of causation. It was a palpable and overriding error not to apply the presumption in art. 2849 of the *Code*. In light of the trial judge's errors, it was the role of the Court of Appeal to intervene and reweigh the evidence.

### Cases Cited

By Wagner J.

**Referred to:** *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *St-Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491;

commis d'erreur manifeste et dominante en s'appuyant sur l'opinion d'un expert ayant reconnu la part d'incertitude de celle-ci. Elle a soigneusement évalué la preuve dans son ensemble, notamment les statistiques, les éléments propres au cas de E et les avis des trois experts, chacun comportant une certaine part de conjectures. Elle n'a commis aucune erreur manifeste et dominante en concluant que la demanderesse n'avait pas démontré, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'un lien de causalité.

*Les* juges Abella, Côté et Brown (dissidents) : Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire que la Cour d'appel a eu tort d'assimiler à une erreur de droit la décision de la juge de première instance de ne pas tirer une inférence défavorable ou de ne pas appliquer la présomption de fait prévue au *Code*. Cependant, la Cour d'appel a bien énoncé la règle établie dans les arrêts *Snell* et *St-Jean*. D'ailleurs, elle a bien résumé l'arrêt *Snell* et conclu qu'il est loisible au juge de tirer une inférence défavorable dans certaines circonstances.

Quoi qu'il en soit, la caractérisation erronée par la Cour d'appel de la décision de la juge de première instance de ne pas tirer une inférence défavorable n'a pas de conséquence sur l'issue de l'affaire, parce que cette décision constitue une erreur manifeste et dominante. La juge de première instance a commis trois erreurs dans son appréciation de la preuve. Premièrement, elle a mal interprété le témoignage de l'expert des médecins. Deuxièmement, elle a fait abstraction d'une preuve objective clé : le fait que E ait survécu plus de 31 mois alors que l'espérance de vie pour les patients atteints d'un cancer pulmonaire de stade III ou IV varie entre 8 et 12 mois. Cette preuve était étayée par des données statistiques non contestées, et, bien que de telles données à elles seules ne puissent fonder la décision de tirer l'inférence ou d'appliquer une présomption de fait, elles peuvent toutefois aider à confirmer les conclusions de fait du juge de première instance. Troisièmement, son processus inférentiel lui-même était erroné. Si la juge de première instance n'avait pas tenu compte des conjectures sur lesquelles reposait le témoignage de l'expert des médecins, et avait tenu compte de la période de survie de E, elle aurait tiré une inférence de causalité. La juge a commis une erreur manifeste et dominante en n'appliquant pas la présomption prévue à l'art. 2849 du *Code*. Vu les erreurs commises en première instance, il appartenait à la Cour d'appel d'intervenir et d'apprécier à nouveau la preuve.

### Jurisprudence

Citée par le juge Wagner

**Arrêts mentionnés :** *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *St-Jean c. Mercier*, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S.

*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181; *Ediger v. Johnston*, 2013 SCC 18, [2013] 2 S.C.R. 98; *South Yukon Forest Corp. v. R.*, 2012 FCA 165, 4 B.L.R. (5th) 31; *J.G. v. Nadeau*, 2016 QCCA 167; *McGhee v. National Coal Board*, [1973] 1 W.L.R. 1; *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] 2 W.L.R. 557; *Laferrière v. Lawson*, [1991] 1 S.C.R. 541; *Sentilles v. Inter-Caribbean Shipping Corp.*, 361 U.S. 107 (1959); *Blatch v. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969; *Prud'homme v. Prud'homme*, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663; *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621.

By Côté J. (dissenting)

*St-Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *Ediger v. Johnston*, 2013 SCC 18, [2013] 2 S.C.R. 98; *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] S.C.R. 745; *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *J.G. v. Nadeau*, 2016 QCCA 167.

#### Statutes and Regulations Cited

*Civil Code of Québec*, arts. 2846 to 2849.  
*Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01.

#### Authors Cited

Cohen, L. Jonathan. *The Probable and the Provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977.  
Jutras, Daniel. “Expertise scientifique et causalité”, dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*. Montréal: Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 1992, 897.  
Khoury, Lara. *Uncertain Causation in Medical Liability*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2006.  
Larombière, M. L. *Théorie et pratique des obligations*, nouv. éd., t. 7. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885.  
Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 10th ed. Toronto: LexisNexis, 2015.  
Wright, Richard W. “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts” (1988), 73 *Iowa L. Rev.* 1001.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Kasirer, Fournier and Bélanger JJ.A.),

491; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181; *Ediger c. Johnston*, 2013 CSC 18, [2013] 2 R.C.S. 98; *South Yukon Forest Corp. c. R.*, 2012 CAF 165, 4 B.L.R. (5th) 31; *J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167; *McGhee c. National Coal Board*, [1973] 1 W.L.R. 1; *Wilsher c. Essex Area Health Authority*, [1988] 2 W.L.R. 557; *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541; *Sentilles c. Inter-Caribbean Shipping Corp.*, 361 U.S. 107 (1959); *Blatch c. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969; *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663; *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621.

Citée par la juge Côté (dissidente)

*St-Jean c. Mercier*, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *Ediger c. Johnston*, 2013 CSC 18, [2013] 2 R.C.S. 98; *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] R.C.S. 745; *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167.

#### Lois et règlements cités

*Code civil du Québec*, art. 2846 à 2849.  
*Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01.

#### Doctrine et autres documents cités

Cohen, L. Jonathan. *The Probable and the Provable*, Oxford, Clarendon Press, 1977.  
Jutras, Daniel. « Expertise scientifique et causalité », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*, Montréal, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 1992, 897.  
Khoury, Lara. *Uncertain Causation in Medical Liability*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006.  
Larombière, M. L. *Théorie et pratique des obligations*, nouv. éd., t. 7, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885.  
Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 10th ed., Toronto, LexisNexis, 2015.  
Wright, Richard W. « Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof : Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts » (1988), 73 *Iowa L. Rev.* 1001.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Kasirer, Fournier et Bélanger),

2014 QCCA 2207, 16 C.C.L.T. (4th) 190, [2014] AZ-51130892, [2014] J.Q. n° 13772 (QL), 2014 CarswellQue 12131 (WL Can.), setting aside in part a decision of Marcotte J., 2011 QCCS 4755, [2011] AZ-50785409, [2011] J.Q. n° 12173 (QL), 2011 CarswellQue 10033 (WL Can.). Appeal allowed, Abella, Côté and Brown JJ. dissenting.

*David E. Platts and Élisabeth Brousseau*, for the appellants.

*Gordon Kugler and Stuart Kugler*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. was delivered by

WAGNER J. —

### I. Introduction

[1] In some professional liability cases, the defendant's negligence may undermine the plaintiff's ability to prove causation. The plaintiff may nonetheless lead some affirmative evidence of causation. In these circumstances, is the trier of fact required to draw an adverse inference of causation against the defendant? That is the legal issue at the heart of this appeal.

[2] Marc Émond died tragically of lung cancer at the age of 47, leaving behind his partner, Cathie St-Germain, and their young son. Ms. St-Germain brought an action for damages against the appellants, two of Mr. Émond's physicians.

[3] The trial judge concluded that, while the appellant physicians were negligent, the evidence did not establish on a balance of probabilities that their negligence caused Mr. Émond's death. The Quebec Court of Appeal reversed that decision. The majority held that the trial judge erred in law by failing to draw an adverse inference of causation. The

2014 QCCA 2207, 16 C.C.L.T. (4th) 190, [2014] AZ-51130892, [2014] J.Q. n° 13772 (QL), 2014 CarswellQue 12131 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision de la juge Marcotte, 2011 QCCS 4755, [2011] AZ-50785409, [2011] J.Q. n° 12173 (QL), 2011 CarswellQue 10033 (WL Can.). Pourvoi accueilli, les juges Abella, Côté et Brown sont dissidents.

*David E. Platts et Élisabeth Brousseau*, pour les appelants.

*Gordon Kugler et Stuart Kugler*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Karakatsanis, Wagner et Gascon rendu par

LE JUGE WAGNER —

### I. Introduction

[1] Dans certaines affaires de responsabilité professionnelle, il se peut que la négligence du défendeur compromette la possibilité pour le demandeur d'établir le lien de causalité. Le demandeur peut néanmoins produire certains éléments de preuve affirmative de causalité. Dans de telles circonstances, le juge des faits doit-il tirer une inférence de causalité défavorable au défendeur? C'est la question juridique qui est au cœur du pourvoi.

[2] Marc Émond est décédé tragiquement d'un cancer du poumon à l'âge de 47 ans. Il laissait dans le deuil sa conjointe, Cathie St-Germain, et leur jeune fils. M<sup>me</sup> St-Germain a intenté une action en dommages-intérêts contre les appelants, deux des médecins ayant traité M. Émond.

[3] La juge de première instance a conclu que, bien que les médecins, appelants en l'espèce, aient été négligents, la preuve ne permettait pas de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que cette négligence avait causé la mort de M. Émond. La Cour d'appel du Québec a infirmé cette décision. Les juges majoritaires ont conclu que la juge de première

concurring judge concluded that the trial judge should have found that causation had been established.

[4] The *Civil Code of Québec* and the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01, provide a comprehensive set of evidentiary rules. The rules on presumptions set out in arts. 2846 to 2849 of the *Civil Code* govern the inferences drawn by triers of fact. In my opinion, no rule of law requires the trier of fact to draw an adverse inference of causation where the defendant's negligence has undermined the plaintiff's ability to prove causation, even where there is some evidence of causation.

[5] In this case, the trial judge committed no error of law in her causation analysis, nor did she commit a palpable and overriding error of fact. I would, therefore, allow the appeal.

## II. Facts

[6] In November 2005, Mr. Émond appeared to be in excellent health. He was then a 44-year-old non-smoker who exercised regularly and took care of himself. He also had annual physicals at the Clinique Physimed, where he was under the care of the appellant Dr. Albert Benhaim, a general practitioner.

[7] Mr. Émond attended his annual physical on November 9, 2005. Dr. Benhaim suggested that Mr. Émond undergo a chest X-ray, even though he did not have symptoms of a chest problem.

[8] The appellant Dr. Michael O'Donovan, a radiologist, reviewed Mr. Émond's chest X-ray. According to Dr. O'Donovan's report, there was "a 1.5 to 2 cm ill-defined opacity" in Mr. Émond's right lung, "the etiology of which is uncertain". There were no other associated abnormalities on the X-ray. Dr. O'Donovan suggested that, for purposes

instance avait commis une erreur de droit en ne tirant pas d'inférence de causalité défavorable. Dans ses motifs concordants, l'autre juge a estimé que la juge de première instance aurait dû conclure que le lien de causalité avait été établi.

[4] Le *Code civil du Québec* et le *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, fournissent un ensemble détaillé de règles de preuve. Les règles de la présomption énoncées aux art. 2846 à 2849 du *Code civil* régissent les inférences que peut tirer le juge des faits. À mon avis, aucune règle de droit n'oblige le juge des faits à tirer une inférence de causalité défavorable lorsque la négligence du défendeur a nui à la possibilité pour le demandeur d'établir le lien de causalité, même si certains éléments de preuve du lien de causalité ont été produits.

[5] Dans l'affaire qui nous occupe, la juge de première instance n'a commis aucune erreur de droit dans son analyse du lien de causalité. De plus, elle n'a commis aucune erreur de fait manifeste et dominante. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi.

## II. Les faits

[6] En novembre 2005, M. Émond semble en excellente santé. Il a alors 44 ans, ne fume pas, fait régulièrement de l'exercice et prend soin de sa personne. Il se soumet annuellement à un examen médical à la Clinique Physimed, où il est suivi par l'un des appelants, le D<sup>r</sup> Albert Benhaim, médecin généraliste.

[7] Lors de son bilan de santé annuel, le 9 novembre 2005, M. Émond est invité par le D<sup>r</sup> Benhaim à subir une radiographie des poumons, même s'il ne présente aucun symptôme de troubles pulmonaires.

[8] L'autre appellant, le D<sup>r</sup> Michael O'Donovan, radiologue, examine la radiographie de M. Émond. Il constate la présence d'une [TRADUCTION] « opacité floue de 1,5 à 2 cm » dans le poumon droit de M. Émond et dont « l'étiologie est incertaine ». Il ne voit aucune autre anomalie associée à cette opacité. Il suggère au D<sup>r</sup> Benhaim de consulter, à des

of comparison, Dr. Benhaim consult Mr. Émond's previous chest X-rays if they were available. Otherwise, Dr. O'Donovan suggested a follow-up X-ray and "probably a CT scan".

[9] Contrary to Dr. O'Donovan's suggestion, Dr. Benhaim did not attempt to find Mr. Émond's previous chest X-rays. Nor did he consult Mr. Émond's medical file, which contained reports on chest X-rays taken in 1994, 1998 and 1999. However, Dr. Benhaim had a follow-up chest X-ray performed on January 17, 2006.

[10] Dr. O'Donovan reviewed the follow-up X-ray, and noted no change in the opacity in Mr. Émond's right lung. He suspected that the opacity was a chronic lesion and suggested that Mr. Émond undergo a third X-ray in four months' time. That X-ray was never taken.

[11] Mr. Émond had his next annual physical on December 4, 2006, and an X-ray of his chest was taken. Dr. O'Donovan observed that the lesion in Mr. Émond's lung had increased in size to approximately 2.5 cm. Dr. O'Donovan suspected that the lesion might be cancerous, and he suggested further tests.

[12] Mr. Émond underwent a CT scan on December 19, 2006 and a PET scan in January 2007. Those tests confirmed that he had stage IV lung cancer. He was diagnosed in January 2007. The cancer was incurable. At that time, however, Mr. Émond still displayed no symptoms of his disease.

[13] Beginning in February 2007, Mr. Émond received palliative chemotherapy with the hope of slowing the cancer's spread. The chemotherapy treatments were suspended between June and November 2007, as Mr. Émond was feeling well. He exercised regularly and biked over 5,000 km that summer. Mr. Émond began to experience symptoms of his disease in the fall of 2007. The chemotherapy treatments resumed in November 2007, but

fins de comparaison, les radiographies pulmonaires antérieures de M. Émond, si elles sont disponibles. Sinon, il recommande une radiographie de suivi et « probablement une tomographie (*CT scan*) ».

[9] Le D<sup>r</sup> Benhaim n'essaie pas de trouver des radiographies pulmonaires antérieures de son patient, comme l'avait suggéré le D<sup>r</sup> O'Donovan. Il ne consulte pas non plus le dossier médical de M. Émond, lequel contient les rapports de radiographies prises en 1994, en 1998 et en 1999. Le D<sup>r</sup> Benhaim ordonne une radiographie pulmonaire de suivi, qui est prise le 17 janvier 2006.

[10] Le D<sup>r</sup> O'Donovan examine la radiographie de suivi et ne constate aucun changement quant à l'opacité au poumon droit de M. Émond. Il soupçonne une lésion chronique et suggère que M. Émond subisse une troisième radiographie quatre mois plus tard. Cette radiographie n'est jamais prise.

[11] M. Émond se présente à son bilan de santé annuel, le 4 décembre 2006, et subit une nouvelle radiographie pulmonaire. Le D<sup>r</sup> O'Donovan observe une augmentation de la taille de la lésion au poumon, qui mesure alors environ 2,5 cm. Il soupçonne la présence d'un cancer et recommande d'autres examens.

[12] M. Émond subit un tomodensitogramme, le 19 décembre 2006, et une tomographie par émission de positrons (TEP) en janvier 2007. Ces examens confirment qu'il souffre d'un cancer du poumon de stade IV. Le diagnostic est posé en janvier 2007. Le cancer est incurable. À cette date, cependant, M. Émond ne présente toujours aucun signe de sa maladie.

[13] Dès février 2007, M. Émond se soumet à des traitements de chimiothérapie de nature palliative dans l'espoir de freiner la propagation du cancer. Les traitements de chimiothérapie sont suspendus entre juin et novembre 2007, car M. Émond se sent bien. Il fait régulièrement de l'exercice et parcourt cet été-là plus de 5 000 km à vélo. M. Émond commence à présenter des signes de sa maladie à l'automne. Il reprend les traitements de chimiothérapie

were stopped again in February 2008 because they were unsuccessful.

[14] Mr. Émond died on June 6, 2008. He was survived by his partner, Ms. St-Germain, and their eight-year-old son. Ms. St-Germain brought the present action against Drs. Benhaim and O'Donovan in her own name, in her capacity as tutor to her son, and as Mr. Émond's universal legatee.

[15] At trial, the plaintiff argued that, in November 2005 or at least in January 2006, Drs. Benhaim and O'Donovan should have informed Mr. Émond that the opacity on the X-ray of his right lung could be cancerous, and should have conducted further tests to determine whether that was the case. The plaintiff's expert witnesses testified that, in November 2005, the cancer was at stage I or IIA. Had Mr. Émond been promptly diagnosed and treated at that time, he would likely have been cured. However, due to the defendants' errors, Mr. Émond was not diagnosed until January 2007, when the cancer was at stage IV and incurable. Therefore, the plaintiff argued, the negligent delay in diagnosing Mr. Émond's cancer caused his death.

[16] The defendants' expert, Dr. Ferraro, testified that Mr. Émond's cancer was already at stage III or IV in November 2005, and his chances of survival at that time were low. Therefore, the cancer would likely have taken Mr. Émond's life even if he had been promptly diagnosed. The delay in diagnosing Mr. Émond was not the cause of his death.

### III. Judgments Below

#### A. *Quebec Superior Court (Marcotte J., 2011 QCCS 4755)*

[17] After thoroughly reviewing the evidence in her well-crafted reasons, the trial judge, Marcotte J. (as she then was), allowed the action in part.

en novembre, mais les abandonne en février 2008, car ils se révèlent inefficaces.

[14] M. Émond meurt le 6 juin 2008. Il laisse dans le deuil sa conjointe, M<sup>me</sup> St-Germain, et leur fils de 8 ans. M<sup>me</sup> St-Germain intente la présente action contre les D<sup>rs</sup> Benhaim et O'Donovan en son propre nom, en sa qualité de tutrice à son fils et à titre de légataire universelle de M. Émond.

[15] Au procès, la demanderesse fait valoir que dès novembre 2005, ou à tout le moins dès janvier 2006, les D<sup>rs</sup> Benhaim et O'Donovan auraient dû informer M. Émond de la possibilité que l'opacité observée sur la radiographie de son poumon droit soit cancéreuse, et procéder à d'autres examens pour voir si c'était le cas. Selon les témoins experts cités par la demanderesse, en novembre 2005, le cancer en était au stade I ou IIA. S'il avait été rapidement diagnostiqué et traité, M. Émond aurait probablement guéri. Or, en raison des erreurs des défendeurs, le cancer n'a été diagnostiqué qu'en janvier 2007; il avait alors atteint le stade IV et était incurable. En conséquence, la demanderesse fait valoir que c'est le diagnostic intervenu trop tard par négligence qui a causé la mort de M. Émond.

[16] En revanche, selon le témoin expert des défendeurs, le D<sup>r</sup> Ferraro, le cancer de M. Émond avait déjà atteint le stade III ou le stade IV en novembre 2005, et les chances de survie étaient alors faibles. En conséquence, le cancer aurait vraisemblablement eu raison de M. Émond même s'il avait été rapidement diagnostiqué. Le diagnostic tardif n'a pas causé la mort de M. Émond.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour supérieure du Québec (la juge Marcotte, 2011 QCCS 4755)*

[17] Après avoir examiné la preuve de manière exhaustive dans des motifs rédigés avec soin, la juge de première instance, la juge Marcotte (maintenant juge à la Cour d'appel du Québec), a accueilli l'action en partie.

[18] She found that Drs. Benhaim and O'Donovan were both negligent in failing to more thoroughly investigate the opacity on Mr. Émond's chest X-rays of November 2005 and January 2006. Because of the negligence, Mr. Émond's cancer diagnosis was delayed to January 2007. The trial judge's findings of negligence are not contested in this appeal.

[19] However, the trial judge concluded that the evidence did not establish on a balance of probabilities that the negligence of Drs. Benhaim and O'Donovan caused Mr. Émond's death. She was not convinced that, but for the delay in diagnosing Mr. Émond's cancer, he would likely have survived. She found that, by November 2005 and January 2006, Mr. Émond's cancer was likely already at stage III, and was likely incurable.

[20] The trial judge stated that [TRANSLATION] “[m]oreover, no presumption of causation can be drawn on the basis that the defendants' fault made it impossible for the plaintiff to prove causation” (para. 92 (CanLII)). Instead, she recognized that the court may draw [TRANSLATION] “an adverse inference” against the defendant in such circumstances (para. 100).

[21] The trial judge rejected the plaintiff's expert evidence that the cancer was at stage I in November 2005. This evidence was based on three factors: the lesion in Mr. Émond's lung was less than 3 cm in size, Mr. Émond was asymptomatic, and he was in a good state of health. The trial judge found that these three factors were also present in December 2006 and January 2007, when Mr. Émond was diagnosed with stage IV cancer. They were unreliable indicators of the cancer's progression.

[22] The trial judge accepted the opinion of the defendants' expert, Dr. Ferraro, who testified that the cancer was at least at stage III in November 2005. Dr. Ferraro's opinion was based on three considerations. First, Mr. Émond's lung cancer could not

[18] Elle a conclu que les D<sup>rs</sup> Benhaim et O'Donovan avaient tous deux fait preuve de négligence en ne procédant pas à des examens plus poussés de l'opacité constatée sur les radiographies pulmonaires de M. Émond prises en novembre 2005 et en janvier 2006. À cause de leur négligence, le cancer de M. Émond n'a été diagnostiqué qu'en janvier 2007. Les conclusions de négligence tirées par la juge de première instance ne sont pas contestées dans le pourvoi.

[19] Toutefois, la juge de première instance a conclu que la preuve n'établissait pas, selon la prépondérance des probabilités, que la négligence des D<sup>rs</sup> Benhaim et O'Donovan ait causé la mort de M. Émond. Elle n'était pas convaincue que, n'eût été la lenteur du diagnostic de cancer, M. Émond aurait probablement survécu. Selon elle, en novembre 2005 et en janvier 2006, le cancer de M. Émond avait selon toute vraisemblance déjà atteint le stade III et il était probablement incurable.

[20] Elle a déclaré qu'« [i]l ne peut par ailleurs y avoir de présomption de causalité du fait que la faute des défendeurs aurait privé la partie demanderesse de la possibilité de prouver l'existence du lien de causalité » (par. 92 (CanLII)). En fait, elle a reconnu que la cour pouvait recourir à la notion « d'inférence défavorable » au défendeur en de telles circonstances (par. 100).

[21] La juge de première instance a rejeté la preuve des experts cités par la demanderesse selon laquelle, en novembre 2005, le cancer en était au stade I. Celle-ci reposait sur trois facteurs : la lésion constatée au poumon de M. Émond mesurait moins de 3 cm, M. Émond ne présentait aucun symptôme et son état de santé était bon. La juge a conclu que ces trois facteurs étaient également présents en décembre 2006 et en janvier 2007, lorsque M. Émond a reçu un diagnostic de cancer de stade IV. Il s'agissait à son avis d'indicateurs non fiables de la progression du cancer.

[22] La juge a retenu l'opinion de l'expert cité par les défendeurs, le D<sup>r</sup> Ferraro, qui a déclaré que le cancer avait au moins atteint le stade III en novembre 2005. Cette opinion reposait sur trois considérations. Premièrement, le cancer du poumon de M. Émond

have progressed from stage I to stage IV in approximately 12 months (November 2005 to December 2006) because lung cancer evolves slowly. Second, when the November 2005 X-ray was viewed with the benefit of hindsight — that is, with knowledge of the results of the tests performed in December 2006 and January 2007 — it was apparent that there were shadows on the November 2005 X-ray that were consistent with stage III or IV cancer. Third, the majority of patients diagnosed with cancer are at an advanced stage.

[23] The trial judge considered the evidence that patients with untreated stage III or IV lung cancer typically live for one year or less. One of the plaintiff's experts testified that if Mr. Émond had stage III or IV cancer in November 2005, he would not have been alive for his next annual physical in December 2006. However, the trial judge emphasized Dr. Ferraro's evidence that Mr. Émond's case defied statistics.

[24] Accordingly, the trial judge concluded that the faults of Drs. Benhaim and O'Donovan did not cause Mr. Émond's death. However, she awarded \$70,000 in damages to Ms. St-Germain personally and in her capacity as universal legatee for the anguish caused by the defendants' negligent handling of Mr. Émond's treatment.

B. *Quebec Court of Appeal (Kasirer, Fournier and Bélanger J.J.A., 2014 QCCA 2207, 16 C.C.L.T. (4th) 190)*

[25] The Court of Appeal allowed the appeal and concluded that the faults of Drs. Benhaim and O'Donovan caused Mr. Émond's death.

(1) Majority Reasons (Kasirer and Bélanger J.J.A.)

[26] The majority of the Court of Appeal, Kasirer and Bélanger J.J.A., concluded in a well-crafted decision that the trial judge erred in law in her causation

ne pouvait en 12 mois environ (de novembre 2005 à décembre 2006) passer du stade I au stade IV parce que ce type de cancer évolue lentement. Deuxièmement, a posteriori — c'est-à-dire compte tenu des résultats des examens effectués en décembre 2006 et en janvier 2007 — il était évident que les ombres observées sur la radiographie de novembre 2005 révélaient un cancer de stade III ou IV. Troisièmement, la majorité des cancers diagnostiqués le sont à un stade avancé.

[23] La juge de première instance a examiné la preuve suivant laquelle les patients souffrant d'un cancer de stade III ou IV non traité vivent en général au plus un an. L'un des témoins experts cités par la demanderesse a déclaré que, si M. Émond avait eu un cancer de stade III ou IV en novembre 2005, il n'aurait pas survécu jusqu'au bilan annuel de santé suivant, qui a eu lieu en décembre 2006. La juge de première instance a cependant signalé que, selon le Dr Ferraro, le cas de M. Émond défiait les statistiques.

[24] En conséquence, la juge de première instance a conclu que les fautes des D<sup>rs</sup> Benhaim et O'Donovan n'avaient pas causé la mort de M. Émond. Elle a cependant accordé 70 000 \$ en dommages-intérêts à M<sup>me</sup> St-Germain personnellement et en sa qualité de légataire universelle pour l'angoisse dont celle-ci avait souffert en raison de la négligence des défendeurs dans le traitement de M. Émond.

B. *Cour d'appel du Québec (les juges Kasirer, Fournier et Bélanger, 2014 QCCA 2207, 16 C.C.L.T. (4th) 190)*

[25] La Cour d'appel a accueilli l'appel et a conclu que les fautes commises par les D<sup>rs</sup> Benhaim et O'Donovan avaient causé la mort de M. Émond.

(1) Motifs majoritaires (les juges Kasirer et Bélanger)

[26] Les juges majoritaires de la Cour d'appel, soit les juges Kasirer et Bélanger, ont conclu dans une décision fort bien articulée que la juge de première

analysis. Her error of law was her failure to draw an unfavourable or adverse inference of causation that, according to Kasirer and Bélanger J.J.A., was required by this Court's decisions in *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, and *St-Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491.

[27] In the view of Kasirer and Bélanger J.J.A., an adverse inference of causation arises when two criteria are established. First, the defendant physician's negligence must have undermined the plaintiff's ability to prove causation.<sup>1</sup> Second, the plaintiff must adduce at least "some" or "very little affirmative evidence" of causation. These two criteria form the basis for an adverse inference against the defendant that discharges, *prima facie*, the plaintiff's burden of proving causation. It is then open to the defendant to rebut the inference of causation by leading evidence to the contrary. The majority stressed that drawing an adverse inference of causation is not the same as shifting the onus of disproving causation to the defendant. The plaintiff retains the "ultimate burden of showing causation on the balance of probabilities" (C.A. reasons, at para. 168).

[28] In this case, the majority of the Court of Appeal concluded that the criteria for drawing an adverse inference of causation were established.

[29] First, the defendants' negligence undermined the plaintiff's ability to prove causation. The defendants' negligence consisted of their failure to investigate the opacity on Mr. Émond's chest X-rays. Had they investigated and conducted the appropriate tests, they would have determined the stage of Mr. Émond's cancer in November 2005, which would in turn have determined whether his cancer

<sup>1</sup> Elsewhere in its reasons, the majority described this criterion as requiring that the defendant's negligence make it *impossible* for the plaintiff to prove causation, or impossible for the plaintiff to prove causation *scientifically* (paras. 142, 144 and 162).

instance avait commis une erreur de droit dans son analyse relative au lien de causalité. Son erreur a été d'omettre de tirer l'inférence de causalité défavorable que notre Cour lui imposait de tirer, selon eux, dans les arrêts *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, et *St-Jean c. Mercier*, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491.

[27] Selon les juges Kasirer et Bélanger, une inférence de causalité défavorable s'impose lorsque deux critères sont réunis. Premièrement, la négligence du médecin défendeur doit avoir compromis la possibilité pour le demandeur de prouver le lien de causalité<sup>1</sup>. Deuxièmement, le demandeur doit produire au moins [TRADUCTION] « certains » ou « très peu d'éléments de preuve affirmative ». Ces deux critères permettent de tirer une inférence de causalité défavorable au défendeur qui dégage a priori le demandeur de son fardeau d'établir le lien de causalité. Le défendeur peut ensuite repousser l'inférence de causalité en présentant des éléments de preuve contraires. Les juges majoritaires soulignent que tirer une inférence de causalité défavorable ne revient pas à faire peser sur le défendeur le fardeau de prouver l'absence de lien de causalité. C'est au demandeur qu'incombe la [TRADUCTION] « charge ultime d'établir le lien de causalité, selon la prépondérance des probabilités » (motifs de la C.A., par. 168).

[28] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que les critères justifiant l'existence d'une inférence de causalité défavorable étaient respectés en l'espèce.

[29] D'une part, la négligence des défendeurs a compromis la possibilité pour la demanderesse de prouver le lien de causalité. Cette négligence tenait au fait qu'ils n'avaient pas cherché à en savoir plus sur l'opacité observée sur les radiographies pulmonaires de M. Émond. S'ils l'avaient fait et avaient procédé aux examens nécessaires, ils auraient déterminé le stade du cancer en novembre 2005, ce

<sup>1</sup> Ailleurs dans leurs motifs, les juges majoritaires précisent que, suivant ce critère, il faut qu'en raison de la négligence du défendeur, il soit *impossible* pour le demandeur de prouver l'existence du lien de causalité, ou impossible pour lui d'en prouver l'existence de façon *scientifique* (par. 142, 144 et 162).

could likely have been cured with prompt treatment. Therefore, because of the defendants' negligence, "it was impossible for the [plaintiff] to show scientifically, by direct evidence of staging of cancer, that the fault resulted in a delay in the treatment of the disease that ultimately caused Mr. Émond's death" (C.A. reasons, at para. 142).

[30] Second, the plaintiff led some affirmative evidence that the cancer was at an early stage in November 2005, and thus could likely have been cured with prompt diagnosis and treatment. This evidence consisted of a statistic that 78 percent of cancers discovered fortuitously — as Mr. Émond's cancer was — are at stage I. Stage I cancer has a cure rate of 70 percent.

[31] According to Kasirer and Bélanger JJ.A., these two factors gave rise to an adverse inference against the defendants that their negligence caused Mr. Émond's death. It was open to the defendants to lead evidence to rebut the adverse inference — evidence establishing that Mr. Émond was among the 22 percent of persons whose fortuitously discovered cancer is at a late, incurable stage — but they failed to do so. In particular, the majority of the Court of Appeal found Dr. Ferraro's evidence about the slow progression of lung cancer, and his retrospective reading of the November 2005 X-ray, to be speculative and unreliable.

[32] The majority of the Court of Appeal concluded that the trial judge erred in law by failing to apply an adverse inference of causation. Had she done so, she would have found that causation had been established on a balance of probabilities.

(2) Concurring Reasons (Fournier J.A.)

[33] Fournier J.A. wrote concurring reasons. He found that the trial judge committed a palpable and

qui aurait permis de savoir si un traitement rapide aurait pu le guérir. Ainsi, à cause de la négligence des défendeurs, [TRADUCTION] « il était impossible pour [la demanderesse] de prouver de façon scientifique, au moyen d'une preuve directe de l'évolution du cancer, que la faute avait retardé le traitement de la maladie et que ce retard avait ultimement causé la mort de M. Émond » (motifs de la C.A., par. 142).

[30] D'autre part, la demanderesse a produit certains éléments de preuve affirmative démontrant un stade précoce de cancer en novembre 2005, et la possibilité, selon toute vraisemblance, de guérison s'il avait été diagnostiqué et traité rapidement. Il s'agissait d'une statistique suivant laquelle 78 p. 100 des cancers découverts fortuitement — comme l'avait été celui de M. Émond — en sont au stade I. Le taux de guérison des cancers de stade I est de 70 p. 100.

[31] Selon les juges Kasirer et Bélanger, ces deux facteurs justifiaient la reconnaissance d'une inférence défavorable aux défendeurs : leur négligence avait causé la mort de M. Émond. Les défendeurs avaient tout le loisir de produire une preuve réfutant cette inférence défavorable — une preuve démontrant que M. Émond faisait partie de l'autre groupe, celui composé des 22 p. 100 de gens dont le cancer est découvert fortuitement à un stade avancé et incurable —, mais ils ne l'ont pas fait. En particulier, les juges majoritaires de la Cour d'appel concluent au caractère conjectural et non fiable du témoignage du Dr Ferraro sur l'évolution lente du cancer du poumon et de sa lecture rétrospective de la radiographie de novembre 2005.

[32] Selon les juges majoritaires de la Cour d'appel, la juge de première instance a commis une erreur de droit en ne tirant pas d'inférence de causalité défavorable. Si elle avait tiré l'inférence, elle aurait conclu que le lien de causalité avait été démontré selon la prépondérance des probabilités.

(2) Motifs concordants (le juge Fournier)

[33] Le juge Fournier a rédigé des motifs concordants. Selon lui, la juge de première instance a

overriding error when she concluded that causation was not established. He relied principally on the evidence that untreated stage III or IV cancer is generally fatal within 12 months. Mr. Émond received no treatment between November 2005 and January 2007. Therefore, if he had stage III or IV cancer in November 2005, he would likely have died by January 2007. In fact, Mr. Émond survived to June 2008. As a result, in November 2005, Mr. Émond must have had stage I or II cancer, which would likely have been curable with prompt treatment.

[34] Fournier J.A. acknowledged Dr. Ferraro's testimony that, when the November 2005 X-ray was viewed with the benefit of hindsight, there were shadows that were consistent with stage III or IV cancer. However, neither the plaintiff's experts nor Dr. O'Donovan could see these shadows. In the view of Fournier J.A., the shadows alone were not enough to undermine the plaintiff's theory of causation, as X-rays are of limited use in diagnosing the staging of cancer.

[35] Accordingly, Fournier J.A. found that the plaintiff had proved on a balance of probabilities that the defendants' fault caused Mr. Émond's death.

#### IV. Analysis

##### A. *Standard of Review*

[36] The standard of review is correctness for questions of law, and palpable and overriding error for findings of fact and inferences of fact: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 8, 10 and 19; *St-Jean*, at paras. 33-36. Causation is a question of fact, and so the trial judge's finding on causation is owed deference on appeal: *St-Jean*, at paras. 104-5; *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181, at para. 8; *Ediger v. Johnston*, 2013 SCC 18, [2013] 2 S.C.R. 98, at para. 29.

commis une erreur manifeste et dominante en concluant que le lien de causalité n'avait pas été démontré. Il se fonde essentiellement sur la preuve qu'une personne souffrant d'un cancer de stade III ou IV meurt en général dans un délai de 12 mois si elle n'est pas traitée. M. Émond n'a reçu aucun traitement entre novembre 2005 et janvier 2007. Ainsi, s'il était atteint d'un cancer de stade III ou IV en novembre 2005, il serait vraisemblablement mort en janvier 2007 au plus tard. En fait, M. Émond a survécu jusqu'en juin 2008. C'est pourquoi, en novembre 2005, son cancer devait être au stade I ou II, de sorte qu'il aurait vraisemblablement été curable s'il avait été traité rapidement.

[34] Le juge Fournier a pris acte du témoignage du D<sup>r</sup> Ferraro selon qui, a posteriori, la radiographie de novembre 2005 montrait des ombres qui correspondaient à un cancer de stade III ou IV. Or, ni les experts cités par la demanderesse ni le D<sup>r</sup> O'Donovan ne voyaient ces ombres. Selon le juge Fournier, elles ne pouvaient en soi miner la thèse du lien de causalité avancée par la demanderesse, puisque les radiographies sont d'une utilité limitée dans le diagnostic des stades de cancer.

[35] En conséquence, le juge Fournier conclut que la demanderesse a prouvé, selon la prépondérance des probabilités, que la faute des défendeurs avait causé la mort de M. Émond.

#### IV. Analyse

##### A. *Norme de contrôle*

[36] La norme de contrôle applicable aux questions de droit est celle de la décision correcte, alors que c'est la norme de l'erreur manifeste et dominante qui s'applique aux conclusions et inférences de fait (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 8, 10 et 19; *St-Jean*, par. 33-36). L'existence du lien de causalité est une question de fait, de sorte que la conclusion du juge du procès à cet égard commande la retenue en appel (*St-Jean*, par. 104-105; *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181, par. 8; *Ediger c. Johnston*, 2013 CSC 18, [2013] 2 R.C.S. 98, par. 29).

[37] It may be useful to recall the many reasons why appellate courts defer to trial courts' findings of fact, which were described at length in *Housen*, at paras. 15-18. Deference to factual findings limits the number, length and cost of appeals, which in turn promotes the autonomy and integrity of trial proceedings. Moreover, the law presumes that trial judges and appellate judges are equally capable of justly resolving disputes. Allowing appellate courts free rein to overturn trial courts' factual findings would duplicate judicial proceedings at great expense, without any concomitant guarantee of more just results. Finally, according deference to a trial judge's findings of fact reinforces the notion that they are in the best position to make those findings. Trial judges are immersed in the evidence, they hear *viva voce* testimony, and they are familiar with the case as a whole. Their expertise in weighing large quantities of evidence and making factual findings ought to be respected. These considerations are particularly important in the present case because it involves a large quantity of complex evidence.

[38] It is equally useful to recall what is meant by "palpable and overriding error". Stratas J.A. described the deferential standard as follows in *South Yukon Forest Corp. v. R.*, 2012 FCA 165, 4 B.L.R. (5th) 31, at para. 46:

Palpable and overriding error is a highly deferential standard of review . . . . "Palpable" means an error that is obvious. "Overriding" means an error that goes to the very core of the outcome of the case. When arguing palpable and overriding error, it is not enough to pull at leaves and branches and leave the tree standing. The entire tree must fall.

[39] Or, as Morissette J.A. put it in *J.G. v. Nadeau*, 2016 QCCA 167, at para. 77 (CanLII), [TRANSLATION] "a palpable and overriding error is in the nature not of a needle in a haystack, but of a beam in the eye. And it is impossible to confuse these last two notions."

[37] Il peut être utile de rappeler les nombreuses raisons pour lesquelles les cours d'appel s'en remettent aux conclusions de fait des tribunaux de première instance, raisons que notre Cour a longuement décrites dans l'arrêt *Housen*, par. 15-18. La retenue à l'égard des conclusions de fait réduit le nombre, la durée et le coût des appels, ce qui favorise l'autonomie du procès et son intégrité. Qui plus est, il est présumé en droit que les juges de première instance et les juges d'appel sont également capables d'apporter des solutions justes aux litiges. Donner aux cours d'appel toute latitude pour infirmer les conclusions de fait des tribunaux de première instance reviendrait à reprendre le procès à grands frais, sans garantie de solutions plus justes. Enfin, en traitant avec déférence les conclusions de fait du juge de première instance, on reconnaît qu'il est le mieux placé pour tirer des conclusions de fait. Il est plongé dans la preuve, entend les témoins et connaît le dossier dans son ensemble. Son expertise lorsqu'il s'agit d'apprécier de grandes quantités d'éléments de preuve et de tirer des conclusions de fait commande le respect. Ces considérations revêtent une importance particulière en l'espèce, vu le dossier de preuve volumineux et complexe.

[38] Il est tout aussi utile de rappeler ce qu'on entend par « erreur manifeste et dominante ». Le juge Stratas décrit la norme déferente en ces termes dans l'arrêt *South Yukon Forest Corp. c. R.*, 2012 CAF 165, 4 B.L.R. (5th) 31, par. 46 :

L'erreur manifeste et dominante constitue une norme de contrôle appelant un degré élevé de retenue [. . .] Par erreur « manifeste », on entend une erreur évidente, et par erreur « dominante », une erreur qui touche directement à l'issue de l'affaire. Lorsque l'on invoque une erreur manifeste et dominante, on ne peut se contenter de tirer sur les feuilles et les branches et laisser l'arbre debout. On doit faire tomber l'arbre tout entier.

[39] Ou, comme le dit le juge Morissette dans l'arrêt *J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167, par. 77 (CanLII), « une erreur manifeste et dominante tient, non pas de l'aiguille dans une botte de foin, mais de la poutre dans l'œil. Et il est impossible de confondre ces deux dernières notions. »

[40] However, the majority of the Court of Appeal did not review the trial judge's finding on causation for palpable and overriding error. After acknowledging that causation is a question of fact, the majority stated that the trial judge's failure to apply an adverse inference of causation constituted an error of law. I now turn to that alleged error of law.

B. *Did the Trial Judge Err in Law by Failing to Draw an Adverse Inference of Causation?*

[41] The majority of the Court of Appeal found that the trial judge erred in law by failing to draw an adverse inference of causation against the defendants in accordance with this Court's decisions in *Snell* and *St-Jean*. According to the majority, these decisions require a trier of fact to draw an adverse inference of causation against a defendant physician where the defendant's negligence has undermined the plaintiff's ability to prove causation and where the plaintiff adduces at least "some" or "very little affirmative evidence" of causation. This adverse inference serves, *prima facie*, to discharge the plaintiff's burden of proving causation. The defendant may resist the inference by leading evidence to the contrary.

[42] This was an error. This Court held in *Snell* that, in such circumstances, an adverse inference of causation *may* discharge the plaintiff's burden of proving causation. Those circumstances do not *trigger* such an inference. Whether an inference of causation is warranted, and how it is to be weighed against the evidence, are matters for the trier of fact. Here, the trial judge's reasons show that she did not draw that inference, although she was aware that it was available (para. 100). That conclusion is a question of fact and deserves deference from a court of appeal.

[40] Or, les juges majoritaires de la Cour d'appel n'ont pas examiné la conclusion de causalité tirée par la juge de première instance pour y déceler une erreur manifeste et dominante. Après avoir reconnu que le lien de causalité est une question de fait, ils ont déclaré que la juge avait commis une erreur de droit en ne tirant pas l'inférence de causalité défavorable. Je vais maintenant analyser cette prétendue erreur de droit.

B. *La juge du procès a-t-elle commis une erreur de droit en ne tirant pas d'inférence de causalité défavorable?*

[41] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que la juge de première instance avait commis une erreur de droit en ne tirant pas d'inférence de causalité défavorable aux défendeurs, comme il aurait fallu suivant les arrêts *Snell* et *St-Jean* de la Cour. À leur avis, ces arrêts exigent que le juge des faits tire une inférence de causalité défavorable au médecin défendeur, lorsque la négligence de ce dernier compromet la possibilité du demandeur d'établir le lien de causalité, et lorsque le demandeur produit au moins [TRADUCTION] « certains » ou « très peu d'éléments de preuve affirmative ». Cette inférence défavorable permet a priori de dégager le demandeur du fardeau de prouver l'existence du lien de causalité. Le défendeur peut repousser cette inférence de causalité en produisant une preuve contraire.

[42] Cette opinion est erronée. La Cour conclut, dans l'arrêt *Snell*, que dans ces circonstances une inférence de causalité défavorable *peut* dégager le demandeur du fardeau de prouver l'existence du lien de causalité. Ces circonstances n'emportent pas une telle inférence. C'est au juge des faits qu'il appartient de décider si une inférence de causalité est justifiée et de quelle manière elle doit être appréciée au regard de la preuve. En l'espèce, les motifs de la juge de première instance révèlent qu'elle n'a pas tiré une telle inférence même si elle savait qu'elle était à sa portée (par. 100). Cette conclusion est une question de fait qui commande la retenue en appel.

[43] The majority of the Court of Appeal appropriately used permissive language to explain this Court's decision in *Snell*. By reversing the trial judge's decision on the basis of an error of law, however, the majority treated the inference described in *Snell* and *St-Jean* as compulsory once certain criteria were established.

[44] The majority of the Court of Appeal evaluated the evidence in a manner that illustrates this error. It approached the evidence from the perspective that, since the defendants had negligently created the uncertainty, it was for them to rebut the single piece of statistical evidence relating to the fortuitous discovery of cancer. Since it found that the defendants' evidence was speculative as a consequence of that very uncertainty, the majority of the Court of Appeal held that the adverse inference had to result in a finding of causation. The majority of the Court of Appeal did not consider the weaknesses in the plaintiff's expert evidence, as the trial judge had, because it rested the adverse inference on the statistical evidence. With respect for the contrary view, *Snell* and *St-Jean* do not support this approach. Rather, the decision to draw an adverse inference must be based on an evaluation of all of the evidence. To do otherwise has the same effect as impermissibly reversing the burden of proof. I return to this issue below.

[45] As I will now explain, *Snell* and *St-Jean* held that the ordinary rules of causation must be applied in medical malpractice cases. As prime examples of how the ordinary rules of causation operate in medical liability cases, these decisions are equally relevant in Quebec.

[46] I will begin by discussing *Snell*, in which Sopinka J. examined developments in English tort law that purported to reverse the onus of proving causation in some circumstances.<sup>2</sup> Traditionally, the plaintiff in a common law negligence claim

<sup>2</sup> *McGhee v. National Coal Board*, [1973] 1 W.L.R. 1 (H.L.); *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] 2 W.L.R. 557 (H.L.).

[43] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont correctement exprimé ce caractère discrétionnaire lorsqu'ils expliquent l'arrêt *Snell* de notre Cour. Toutefois, en infirmant la décision de la juge de première instance au motif qu'elle avait commis une erreur de droit, les juges majoritaires confèrent à l'inférence décrite dans les arrêts *Snell* et *St-Jean* un caractère obligatoire en présence de certains critères.

[44] La manière dont les juges majoritaires de la Cour d'appel apprécient la preuve illustre cette erreur. Ils examinent la preuve en partant du principe qu'il incombait aux défendeurs, dont la négligence avait entraîné l'incertitude, de réfuter l'unique élément de preuve statistique produit sur la découverte fortuite d'un cancer. Comme, de l'avis des juges majoritaires, la preuve produite par les défendeurs était conjecturale, du fait même de cette incertitude, ils concluent que l'inférence défavorable aurait dû emporter une conclusion de causalité. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ne tiennent pas compte des faiblesses dans la preuve d'expert produite par la demanderesse, comme l'a fait la juge de première instance, car ils tirent l'inférence défavorable sur le fondement de la preuve statistique. Soit dit en tout respect pour l'opinion contraire, les arrêts *Snell* et *St-Jean* n'appuient pas pareille démarche. La décision de tirer ou non une inférence défavorable doit plutôt reposer sur l'appréciation de l'ensemble de la preuve. Sinon, cela équivaldrait à renverser indûment le fardeau de preuve. J'y reviendrai plus loin.

[45] Comme je l'expliquerai maintenant, il ressort des arrêts *Snell* et *St-Jean* que les règles ordinaires de causalité s'appliquent aux affaires de faute médicale. Ces arrêts, qui illustrent tout à fait ces règles dans le contexte de la responsabilité médicale, sont également pertinents au Québec.

[46] J'aimerais commencer par l'examen de l'arrêt *Snell*. Le juge Sopinka se penche sur l'évolution du droit anglais en matière de responsabilité délictuelle tendant à inverser le fardeau de prouver le lien de causalité dans certaines circonstances<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> *McGhee c. National Coal Board*, [1973] 1 W.L.R. 1 (H.L.); *Wilsher c. Essex Area Health Authority*, [1988] 2 W.L.R. 557 (H.L.).

had to prove on a balance of probabilities that, but for the defendant's negligent conduct, the plaintiff would not have been injured. Sopinka J. stated that his task was "to determine whether a departure from well-established principles is necessary for the resolution of this appeal" (p. 320). Sopinka J. concluded that such a departure was not warranted, provided that the traditional principles are not applied in an overly rigid manner (p. 328).

[47] First, Sopinka J. held that it is not necessary that the plaintiff adduce expert scientific or medical evidence definitively supporting the plaintiff's theory of causation, as "[c]ausation need not be determined by scientific precision" (p. 328; see also pp. 330-31). This is because the law requires proof of causation only on a balance of probabilities, whereas scientific or medical experts often require a higher degree of certainty before drawing conclusions on causation (p. 330). Simply put, scientific causation and factual causation for legal purposes are two different things. Factual causation for legal purposes is a matter for the trier of fact, not for the expert witnesses, to decide: *Laferrière v. Lawson*, [1991] 1 S.C.R. 541, at pp. 607-8; see also *Sentilles v. Inter-Caribbean Shipping Corp.*, 361 U.S. 107 (1959), at pp. 109-10.

[48] Second, in medical malpractice cases, the defendant is often in a better position than the plaintiff to determine the cause of the injury (p. 322). Sopinka J. held that, in such circumstances, the trier of fact may take into account the relative ability of each party to present evidence on a fact in issue:

The legal or ultimate burden remains with the plaintiff, but in the absence of evidence to the contrary adduced by the defendant, an inference of causation may be drawn although positive or scientific proof of causation has not been adduced. If some evidence to the contrary is adduced by the defendant, the trial judge is

Traditionnellement, en common law, c'était au demandeur dans une action pour négligence qu'il appartenait de prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu'il n'aurait pas subi de préjudice, n'eût été la négligence du défendeur. Le juge Sopinka indique que sa tâche consiste à « déterminer s'il est nécessaire de s'écarter des principes bien établis pour résoudre le présent pourvoi » (p. 320). Le juge Sopinka est d'avis qu'il n'est pas justifié de s'en écarter, tant que les principes traditionnels ne sont pas appliqués de manière trop rigide (p. 328).

[47] Premièrement, le juge Sopinka conclut qu'il n'est pas nécessaire pour le demandeur de produire une preuve scientifique ou médicale d'expert étayant fermement sa thèse quant à l'existence d'un lien de causalité, puisque « [l]a causalité n'a pas à être déterminée avec une précision scientifique » (p. 328; voir également p. 330-331). Le droit exige seulement que le lien de causalité soit démontré selon la prépondérance des probabilités, alors que les experts scientifiques ou médicaux nécessitent souvent, avant de tirer des conclusions sur l'existence du lien de causalité, un degré de certitude plus élevé (p. 330). Bref, la causalité scientifique et la causalité factuelle en droit sont deux choses différentes. La causalité factuelle en droit est une question qu'il appartient au juge des faits, non aux témoins experts, de trancher (*Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541, p. 607-608; voir aussi *Sentilles c. Inter-Caribbean Shipping Corp.*, 361 U.S. 107 (1959), p. 109-110).

[48] Deuxièmement, dans les affaires de responsabilité médicale, le défendeur est souvent mieux placé que le demandeur pour déterminer la cause du préjudice (p. 322). Le juge Sopinka ajoute que dans ces circonstances le juge des faits peut donc tenir compte de la possibilité relative pour chacune des parties de produire des éléments de preuve sur un fait en litige :

Le fardeau ultime de la preuve incombe au demandeur, mais en l'absence de preuve contraire présentée par le défendeur, une inférence de causalité peut être faite même si une preuve positive ou scientifique de la causalité n'a pas été produite. Si le défendeur présente des éléments de preuve contraires, le juge de première

entitled to take account of Lord Mansfield's famous precept. [p. 330]

This precept, stated by Lord Mansfield in *Blatch v. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969, at p. 970, is that evidence should be “weighed according to the proof which it was in the power of one side to have produced, and in the power of the other to have contradicted” (quoted in *Snell*, at p. 328).

[49] An inference of causation is available to trial judges by virtue of the ordinary operation of these principles in the medical malpractice context:

In many malpractice cases, the facts lie particularly within the knowledge of the defendant. In these circumstances, very little affirmative evidence on the part of the plaintiff will justify the drawing of an inference of causation in the absence of evidence to the contrary.

(*Snell*, at pp. 328-29)

[50] The majority of the Court of Appeal relied in large part on this passage to justify its conclusion that *Snell* created a rule of law that requires an adverse inference of causation in certain circumstances. The inference of causation Sopinka J. described in *Snell* is one that trial judges are *permitted* to draw even in the absence of positive or scientific proof. It is not one that they are required to draw once certain criteria are established. The decision on whether to draw such an inference is left to the discretion of the trial judge. Despite using permissive language to describe the adverse inference in *Snell*, the decision of the majority of the Court of Appeal failed to give effect to the permissive, discretionary nature of that inference.

[51] By overturning the trial judge's decision on the basis of an error of law, the majority of the Court of Appeal implicitly transformed the permissive inference described by this Court in *Snell* into one that is compulsory once certain facts are established. The majority's decision would have the effect of creating a novel legal rule governing presumptions. And yet it is apparent that Sopinka J. was not purporting

instance a le droit de tenir compte du fameux principe de lord Mansfield. [p. 330]

Selon ce principe, énoncé par lord Mansfield dans l'arrêt *Blatch c. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969, p. 970, tout élément de preuve doit être [TRADUCTION] « apprécié en fonction de la preuve qu'une partie avait le pouvoir de produire et que la partie adverse avait le pouvoir de contredire » (cité dans *Snell*, p. 328).

[49] Il est loisible au juge des faits de tirer une inférence de causalité par la simple application de ces principes au contexte d'une faute médicale :

Dans un grand nombre d'affaires en matière de faute professionnelle, le défendeur possède une connaissance particulière des faits. Dans ces circonstances, il suffit de très peu d'éléments de preuve affirmative de la part du demandeur pour justifier une déduction de causalité en l'absence de preuve contraire.

(*Snell*, p. 328-329)

[50] Les juges majoritaires de la Cour d'appel fondent en grande partie sur ce passage leur conclusion selon laquelle l'arrêt *Snell* a créé une règle de droit qui oblige à tirer une inférence de causalité défavorable dans certaines circonstances. L'inférence de causalité que décrit le juge Sopinka dans l'arrêt *Snell* peut être tirée par le juge des faits même en l'absence d'une preuve positive ou scientifique; ce dernier n'est pas obligé de la tirer dès lors que certains critères sont établis. La décision relève du pouvoir discrétionnaire du juge. Les juges majoritaires de la Cour d'appel décrivent l'inférence défavorable dont il est question dans l'arrêt *Snell* comme étant discrétionnaire, mais leur décision ne tient pas compte du caractère non obligatoire ou discrétionnaire de cette inférence.

[51] En infirmant la décision de la juge de première instance au motif qu'elle était entachée d'une erreur de droit, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont transformé implicitement l'inférence non obligatoire décrite par la Cour dans l'arrêt *Snell* en une inférence obligatoire en présence de certains faits. La décision des juges majoritaires aurait pour effet de créer une nouvelle règle de droit régissant les présomptions. Il

to create such a rule in *Snell*. Rather, he was simply describing how the usual fact-finding process works in the medical malpractice context:

It is not strictly accurate to speak of the burden shifting to the defendant when what is meant is that evidence adduced by the plaintiff may result in an inference being drawn adverse to the defendant. Whether an inference is or is not drawn is a matter of weighing evidence. The defendant runs the risk of an adverse inference in the absence of evidence to the contrary. This is sometimes referred to as imposing on the defendant a provisional or tactical burden. . . . In my opinion, this is not a true burden of proof, and use of an additional label to describe what is an ordinary step in the fact-finding process is unwarranted. [Emphasis added; pp. 329-30.]

[52] The adverse inference of causation described in *Snell* is permissive precisely because it is a component of the fact-finding process. For the same reason, the question of whether an inference is warranted in a particular case falls within the discretion of the trier of fact, to be determined with reference to all of the evidence. This principle was recently reaffirmed by this Court in *Ediger*, at para. 36. It was therefore not open to the majority to substitute its own decision to draw an unfavourable inference. Rather, the majority of the Court of Appeal would have been bound to find a palpable and overriding error in the trial judge's decision *not* to draw an adverse inference. I return to this point below.

[53] *Snell* itself provides an example of the circumstances in which an inference of causation may be drawn. The plaintiff sued the defendant ophthalmologist after she became blind in her right eye following cataract surgery. Before the surgery, the defendant noticed some bleeding when he injected anaesthetic, yet he negligently continued the surgery. The blindness could have been caused by the bleeding or by natural causes. The expert witnesses could not definitively determine the cause. In concluding

semble pourtant que le juge Sopinka ne cherchait pas à créer une telle règle dans l'arrêt *Snell*. En fait, il décrivait simplement le fonctionnement du processus habituel d'appréciation des faits dans le contexte de la faute médicale :

Il n'est pas tout à fait exact de parler d'un déplacement du fardeau vers le défendeur lorsqu'on veut dire que la preuve présentée par le demandeur peut avoir comme résultat une inférence défavorable au défendeur. Qu'une inférence puisse ou non être tirée dépend de l'évaluation de la preuve. Le défendeur s'expose à une inférence défavorable en l'absence de preuve contraire. Quelquefois cette situation est désignée comme l'imposition au défendeur d'un fardeau provisoire ou tactique. [. . .] À mon avis, il ne s'agit pas d'un véritable fardeau de la preuve et l'utilisation d'une étiquette supplémentaire pour décrire ce qui constitue une étape ordinaire du processus de constatation des faits n'est pas justifiée. [Je souligne; p. 329-330.]

[52] L'inférence de causalité défavorable décrite dans l'arrêt *Snell* est discrétionnaire, précisément parce qu'elle s'inscrit dans le processus d'appréciation des faits. De même, la question de savoir si une inférence est justifiée dans une affaire donnée relève du pouvoir discrétionnaire du juge des faits, qui tranche au vu de l'ensemble de la preuve. La Cour a récemment confirmé ce principe dans l'arrêt *Ediger*, par. 36. Il n'était donc pas loisible aux juges majoritaires de substituer leur décision à celle de la juge de première instance en tirant l'inférence défavorable. Les juges majoritaires de la Cour d'appel n'auraient eu dans ce cas d'autre choix que celui de conclure que la juge de première instance avait commis une erreur manifeste et dominante en décidant de *ne pas* tirer l'inférence défavorable. J'y reviendrai plus loin.

[53] L'affaire *Snell* illustre les circonstances dans lesquelles il est possible de tirer une inférence de causalité. La demanderesse a poursuivi le défendeur, un ophtalmologue, après avoir perdu l'usage de l'œil droit à la suite d'une chirurgie de la cataracte. Avant l'intervention, le défendeur a remarqué un saignement au moment d'injecter l'anesthésiant, mais il a fait preuve de négligence en poursuivant quand même la chirurgie. La cécité pouvait résulter du saignement ou de causes naturelles. Les témoins

that the plaintiff had established that the defendant's negligence caused her blindness, Sopinka J. stated:

The [defendant] was present during the operation and was in a better position to observe what occurred. Furthermore, he was able to interpret from a medical standpoint what he saw. In addition, by continuing the operation which has been found to constitute negligence, he made it impossible for the [plaintiff] or anyone else to detect the bleeding which is alleged to have caused the injury. In these circumstances, it was open to the trial judge to draw the inference that the injury was caused by the retrobulbar bleeding. There was no evidence to rebut this inference. . . .

. . . it is not essential to have a positive medical opinion to support a finding of causation. Furthermore, it is not speculation but the application of common sense to draw such an inference where, as here, the circumstances, other than a positive medical opinion, permit. [pp. 335-36]

[54] In sum, the Court held in *Snell* that “the plaintiff in medical malpractice cases — as in any other case — assumes the burden of proving causation on a balance of the probabilities”: *Ediger*, at para. 36. Causation need not be proven with scientific or medical certainty, however. Instead, courts should take a “robust and pragmatic” approach to the facts, and may draw inferences of causation on the basis of “common sense”: *Snell*, at pp. 330-31; *Clements*, at paras. 10 and 38. The trier of fact may draw an inference of causation even without “positive or scientific proof”, if the defendant does not lead sufficient evidence to the contrary. If the defendant does adduce evidence to the contrary, then, in weighing that evidence, the trier of fact may take into account the relative ability of each party to produce evidence: *Ediger*, at para. 36.

[55] I conclude that *Snell* did not create the rule of law attributed to it by the majority of the Court of Appeal. This reading is consistent with the position taken by authors Allen M. Linden and Bruce Feldthusen in *Canadian Tort Law* (10th ed. 2015),

experts n'ont pu en déterminer la cause avec certitude. Concluant que la demanderesse a démontré que la négligence du défendeur avait causé sa cécité, le juge Sopinka déclare :

[Le défendeur] était présent pendant l'intervention chirurgicale et était mieux placé pour observer ce qui s'est produit. En outre, il était en mesure d'interpréter d'un point de vue médical ce qu'il a vu. De plus, en poursuivant l'intervention qui, a-t-on conclu, a constitué de la négligence, il a rendu impossible pour [la demanderesse] ou pour toute autre personne de déceler le saignement qui, allègue-t-on, a causé le préjudice. Dans de telles circonstances, le juge de première instance pouvait déduire que le préjudice a été causé par le saignement rétrooculaire. Il n'y avait aucun élément de preuve qui réfutait cette déduction. . . .

. . . il n'est pas essentiel d'obtenir une opinion médicale positive pour justifier une conclusion de causalité. En outre, ce n'est pas faire des conjectures mais appliquer le bon sens que de faire une telle déduction lorsque, comme en l'espèce, les circonstances, autres qu'une opinion médicale positive, le permettent. [p. 335-336]

[54] En somme, la Cour dans l'arrêt *Snell* affirme que « le demandeur, dans les affaires de responsabilité médicale — comme dans n'importe quelle autre affaire — a la charge d'établir le lien de causalité selon la prépondérance des probabilités » (*Ediger*, par. 36). Il n'est pas nécessaire, cependant, que le lien de causalité soit établi avec une certitude scientifique ou médicale. En fait, les tribunaux doivent aborder les faits d'une façon « décisive et pragmatique », et peuvent tirer des inférences de causalité fondées sur le « bon sens » (*Snell*, p. 330-331; *Clements*, par. 10 et 38). Le juge des faits peut tirer une inférence de causalité même en l'absence de « preuve positive ou scientifique », si le défendeur ne produit pas une preuve contraire suffisante. Si le défendeur en produit une, le juge des faits peut, en la soupesant, tenir compte de la possibilité relative de chacune des parties de produire une preuve (*Ediger*, par. 36).

[55] Je conclus que l'arrêt *Snell* n'a pas créé la règle de droit que lui attribuent les juges majoritaires de la Cour d'appel. Cette lecture s'accorde avec l'approche adoptée par les auteurs Allen M. Linden et Bruce Feldthusen dans leur ouvrage *Canadian*

at p. 129: “There is nothing unusual about [the holding in *Snell*]; an inference can be drawn in causation fact-finding just the same as in other fact-finding situations. This is not, therefore, a retreat from ‘but for’ analysis, but an example of it, using ordinary logic and reasoning as in other contexts.”

[56] In any event, I am of the view that any doubt which might have existed over the appropriate interpretation of *Snell* in the Quebec civil law context was assuaged by this Court’s decision in *St-Jean*. As the Court explained at para. 116 of its judgment:

To the extent that such a notion is a separate means of proof with a less stringent standard to satisfy, *Snell, supra*, and definitely *Laferrière, supra*, should have put an end to such attempts at circumventing the traditional rules of proof on the balance of probabilities. There may be a misapprehension of what I said in *Laferrière, supra*, at p. 609: “In some cases, where a fault presents a clear danger and where such a danger materializes, it may be reasonable to presume a causal link, unless there is a demonstration or indication to the contrary” . . . . This is merely a reiteration of the traditional approach on presumptions, and does not create another means of proof in Quebec civil law in the establishment of the causal link. The Court of Appeal correctly interpreted this passage as pertaining to presumptions within the traditional rules of causation. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

[57] The teachings of *St-Jean* are clear. Properly applied in civil law, *Snell* results simply in the application of the rules of evidence set out in the *Civil Code* and the *Code of Civil Procedure*, more specifically those relating to presumptions (*Civil Code*, arts. 2846 to 2849). This is consistent with the principle that, in Quebec, the *Civil Code* and the *Code of Civil Procedure* are comprehensive and contain all rules of evidence necessary to decide a case. As this Court explained in *Prud’homme v. Prud’homme*, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663, “[i]t is important to recall . . . that the new Code does not simply lay down a body of private law rules, or ‘a law of

*Tort Law* (10<sup>e</sup> éd. 2015), p. 129 : [TRADUCTION] « Il n’y a rien d’inhabituel à propos de [la conclusion dans l’arrêt *Snell*]; une inférence peut être tirée dans l’appréciation des faits autant en matière de causalité que dans d’autres matières. Il ne s’agit donc pas d’une rupture avec l’analyse du “facteur déterminant”, mais d’une illustration de celle-ci, au moyen de la simple logique et du raisonnement, comme dans d’autres contextes. »

[56] Quoi qu’il en soit, j’estime que, s’il subsistait des doutes quant à l’application de l’arrêt *Snell* au contexte du droit civil québécois, ceux-ci ont été dissipés par la décision de la Cour dans *St-Jean*. Comme elle l’explique au par. 116 :

Dans la mesure où cette notion est un moyen de preuve distinct comportant une norme moins exigeante à satisfaire, l’arrêt *Snell* et sans aucun doute l’arrêt *Laferrière*, précités, auraient dû mettre fin à ces tentatives de contourner les règles de preuve traditionnelles selon la prépondérance des probabilités. Il se peut que l’on ait mal interprété ce que je dis dans *Laferrière*, p. 609 : « Dans certains cas, lorsqu’une faute comporte un danger manifeste et que ce danger se réalise, il peut être raisonnable de présumer l’existence du lien de causalité, sous réserve d’une démonstration ou d’une indication contraire » [. . .] Cet énoncé ne fait que répéter la règle traditionnelle applicable aux présomptions, et ne crée pas d’autres moyens de preuve en droit civil québécois relativement à l’établissement d’un lien de causalité. La Cour d’appel a eu raison de considérer que cet extrait avait trait aux présomptions dans le cadre des règles traditionnelles de causalité. [Je souligne; soulignement dans l’original omis.]

[57] Les enseignements de l’arrêt *St-Jean* sont limpides. Correctement appliqué en droit civil, l’arrêt *Snell* a simplement pour effet l’application des règles de preuve prévues au *Code civil* et au *Code de procédure civile*, plus précisément celles relatives aux présomptions (*Code civil*, art. 2846 à 2849). Cette interprétation respecte le principe selon lequel, au Québec, le *Code civil* et le *Code de procédure civile* sont exhaustifs et renferment toutes les règles de preuve nécessaires au règlement d’un litige. Comme la Cour l’explique dans l’arrêt *Prud’homme c. Prud’homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663, « [i]l importe [. . .] de souligner que le nouveau Code

exception”. As stated in its preliminary provision, it is the *jus commune* of Quebec” (para. 28 (emphasis in original)).

[58] While courts must at times interpret or develop the provisions of the *Civil Code* to adapt its principles to novel situations, it is not necessary to do so in this appeal. The discretion afforded to trial judges in drawing presumptions of fact, exercised in accordance with the principles set out in *Snell*, provides us with all the tools necessary to resolve this case. When a Quebec court must decide whether to draw a presumption or an inference in a given case, requiring it to stay within the boundaries of arts. 2846 to 2849 of the *Civil Code*, as those boundaries have been explained in the jurisprudence, ensures the continued stability and predictability of the law.

[59] In Quebec civil law, the adverse inference discussed in *Snell* constitutes nothing more than a presumption of fact, as defined in art. 2849 of the *Civil Code*. Under that provision, “[p]resumptions which are not established by law are left to the discretion of the court which shall take only serious, precise and concordant presumptions into consideration”, and “[t]he refusal to make presumptions [of fact] is as much an evidentiary decision as is any other acceptance or non-acceptance of methods of proof”: *St-Jean*, at para. 114. As such, a trial judge’s decision to draw an adverse inference is a factual decision which will depend solely on the proper application of art. 2849 to the circumstances of the case.

[60] As stated in art. 2849, only *serious, precise* and *concordant* presumptions can be taken into consideration by courts. According to Professor M. L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations* (new ed. 1885), vol. 7, at p. 216, whose explanation of serious, precise and concordant presumptions was recently quoted by this Court in *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621, at para. 71:

n’édicte pas seulement un corps de règles de droit privé ou encore, “un droit d’exception”. Il constitue, selon sa disposition préliminaire, le *droit commun* du Québec » (par. 28 (souligné dans l’original)).

[58] Si les tribunaux sont parfois tenus d’interpréter ou d’étendre les dispositions du *Code civil* pour adapter ses principes à des situations inédites, il n’est pas nécessaire de le faire dans ce pourvoi. Le pouvoir discrétionnaire qui permet au juge des faits d’admettre des présomptions de fait, en conformité avec les principes énoncés dans l’arrêt *Snell*, donne à la Cour tous les outils nécessaires pour lui permettre de trancher le litige. Circonscrire aux limites des art. 2846 à 2849 du *Code civil*, comme ces limites sont expliquées dans la jurisprudence, l’action des tribunaux québécois lorsqu’il s’agit de tirer ou non une présomption ou une inférence dans une affaire donnée assure la stabilité et la prévisibilité du droit.

[59] En droit civil québécois, l’inférence défavorable dont il est question dans l’arrêt *Snell* n’est rien de plus que la présomption de fait prévue à l’art. 2849 du *Code civil*. Aux termes de cette disposition, les « présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont laissées à l’appréciation du tribunal qui ne doit prendre en considération que celles qui sont graves, précises et concordantes ». Suivant l’arrêt *St-Jean*, « [l]e refus de tirer des présomptions [de fait] est autant une décision sur la preuve que tout autre acceptation ou refus de moyens de preuve » (par. 114). Ainsi, la décision du juge des faits de tirer ou non une inférence défavorable repose sur les faits et dépend exclusivement de l’application correcte de l’art. 2849 aux circonstances de l’affaire.

[60] L’article 2849 dispose que seules les présomptions *graves, précises et concordantes* peuvent être prises en considération par les tribunaux. Le professeur M. L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations* (nouv. éd. 1885), t. 7, p. 216, récemment cité par notre Cour dans l’arrêt *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621, par. 71, explique ainsi les présomptions graves, précises et concordantes :

[TRANSLATION] Presumptions are serious when the connection between the known fact and the unknown fact is such that the existence of one establishes the existence of the other in a clear and obvious manner. . . .

Presumptions are precise when the conclusions that flow from the known fact tend to establish the contested unknown fact in a direct and specific manner. If it were also possible to draw different and even contrary results, to infer the existence of various and contradictory facts, the presumptions would not be precise in nature and would give rise only to doubt and uncertainty.

Finally, they are concordant, whether or not they each spring from a common or different source, when they tend[, as a whole and in how they accord with one another,] to establish the fact to be proven. . . . If, on the contrary, they contradict each other . . . and cancel each other out, they are no longer concordant, and create only doubt in the magistrate's mind.

[61] If the criteria giving rise to a presumption are not met, “the plaintiff must actually establish the unknown fact rather than the trier of fact being permitted to draw an inference from the known fact to the unknown fact”: *St-Jean*, at para. 113.

[62] The reasoning in *Snell* complements the application of art. 2849, particularly in the medical malpractice context. I have said that the inference described in *Snell* constitutes a presumption of fact under the *Civil Code*. The principles laid down in *Snell* for drawing inferences as part of the ordinary fact-finding process apply to triers of fact making determinations of causation within the framework of art. 2849. These principles must not be interpreted in a manner that alters the burden of proof or departs from the criteria for establishing presumptions of fact (*St-Jean*, at para. 116), as the majority of the Court of Appeal did in this case.

[63] However, *Snell* does provide guidance on how evidence is to be weighed and evaluated in medical malpractice cases in the civil law context. First, when weighing the evidence, trial judges are entitled to consider the ability of the parties to produce evidence (*Snell*, at p. 330). Second, the distinction between legal and scientific fact-finding

Les présomptions sont graves, lorsque les rapports du fait connu au fait inconnu sont tels que l'existence de l'un établit, par une induction puissante, l'existence de l'autre. . . .

Les présomptions sont précises, lorsque les inductions qui résultent du fait connu tendent à établir directement et particulièrement le fait inconnu et contesté. S'il était également possible d'en tirer les conséquences différentes et même contraires, d'en inférer l'existence de faits divers et contradictoires, les présomptions n'auraient aucun caractère de précision et ne feraient naître que le doute et l'incertitude.

Elles sont enfin concordantes, lorsque, ayant toutes une origine commune ou différente, elles tendent, par leur ensemble et leur accord, à établir le fait qu'il s'agit de prouver. [. . .] Si, au contraire, elles se contredisent [. . .] et se neutralisent, elles ne sont plus concordantes, et le doute seul peut entrer dans l'esprit du magistrat.

[61] Si les critères applicables à la présomption ne sont pas établis, « il incombe au demandeur d'établir effectivement le fait inconnu sans qu'il soit permis au juge des faits de tirer une inférence d'un fait connu à un fait inconnu » (*St-Jean*, par. 113).

[62] Le raisonnement suivi dans l'arrêt *Snell* vient étoffer l'application de l'art. 2849, particulièrement dans le contexte de la faute médicale. Rappelons que l'inférence décrite dans cet arrêt est assimilée à la présomption de fait du *Code civil*. Les principes énoncés dans l'arrêt *Snell* sur les inférences dans le cadre du processus ordinaire d'appréciation des faits s'appliquent lorsqu'il s'agit de décider, dans le cadre de l'art. 2849, si le lien de causalité a été établi. Il ne faut pas interpréter ces principes de sorte à modifier le fardeau de preuve ou à rompre avec les critères en matière de présomptions de fait (*St-Jean*, par. 116), comme l'ont fait les juges majoritaires de la Cour d'appel.

[63] L'arrêt *Snell* donne toutefois des directives sur la manière d'apprécier la preuve dans les affaires de faute médicale dans le contexte du droit civil. Premièrement, le juge qui apprécie la preuve peut prendre en considération la possibilité pour chaque partie d'en produire (*Snell*, p. 330). Deuxièmement, la distinction entre l'appréciation

articulated in *Snell* (at p. 328) and *Laferrière* (at p. 609) is equally important in the context of presumptions under the *Civil Code*. Whether a serious, precise and concordant presumption arises on the facts must be assessed according to a legal, and not a scientific, standard. There may be cases where little affirmative evidence could be sufficient to establish causation on a balance of probabilities. Moreover, medical uncertainty will not in itself defeat a presumption of fact. For example, if the trial judge in this case had rejected the testimony of the defendants' expert, Dr. Ferraro, and accepted that of the plaintiff's experts, Dr. Langleben and Dr. Agulnik, the principles in *Snell* would have made a presumption of fact available despite the speculative character of their opinions and the existence of a competing explanation.

[64] Though the majority of the Court of Appeal was attempting to redress an injustice which it perceived, its decision was inconsistent with these teachings, as it purported to lower the threshold for drawing presumptions of fact. The majority's view leads to the conclusion that, because of the concern in medical malpractice cases regarding a plaintiff's inability to produce scientific or direct evidence of causation by reason of a physician's fault, a trial judge would be required to draw a presumption against a defendant physician even where the presumption could not be said to be serious, precise and concordant. Rather, greatly lowering the threshold, the majority held that a judge is required to draw a presumption where there is "little affirmative evidence" adduced by the plaintiff.

[65] Additionally, though the holding of the majority of the Court of Appeal seems, at first glance, to be applicable only to a small number of medical malpractice cases, if we were to accept its position, there is no principled reason why its reasoning could not extend to many other professional liability cases where a defendant's negligence precludes proof of causation with scientific certainty.

juridique et scientifique des faits énoncée dans les arrêts *Snell* (p. 328) et *Laferrière* (p. 609) importe également dans le cas des présomptions définies au *Code civil*. Il faut décider selon une norme juridique, et non scientifique, si les faits donnent naissance à une présomption grave, précise et concordante. Dans certains cas, très peu d'éléments de preuve affirmative pourraient suffire à établir le lien de causalité selon la prépondérance des possibilités. En outre, l'absence de certitude médicale en soi ne repoussera pas la présomption de fait. À titre d'exemple, si la juge de première instance avait rejeté le témoignage de l'expert des défendeurs, le D<sup>r</sup> Ferraro, et retenu ceux des experts de la demanderesse, à savoir les D<sup>rs</sup> Langleben et Agulnik, il aurait pu lui être loisible, suivant les principes énoncés dans l'arrêt *Snell*, d'admettre la présomption de fait malgré la nature conjecturale de leurs opinions et l'existence d'une autre explication.

[64] Même si la décision des juges majoritaires de la Cour d'appel tentait de corriger ce qui leur semblait être une injustice, elle ne respectait toutefois pas ces principes, car elle abaissait les critères applicables à la présomption de fait. Si l'on suit leur raisonnement, dans les affaires de responsabilité médicale, la préoccupation relative à l'impossibilité pour le demandeur de présenter une preuve scientifique ou directe du lien de causalité résultant de la faute du médecin oblige le juge des faits à tirer une présomption défavorable au médecin défendeur, même si celle-ci n'est pas grave, précise et concordante. Selon eux, le juge doit tirer une présomption si le demandeur a produit « peu d'éléments de preuve affirmative ». Ils abaissent ainsi considérablement les critères.

[65] En outre, la décision des juges majoritaires de la Cour d'appel semble a priori ne s'appliquer qu'à un nombre restreint d'affaires de faute médicale. Or, si nous devions l'entériner, aucune raison de principe n'empêcherait son application à nombre d'autres affaires de responsabilité professionnelle lorsque la négligence du défendeur empêche que le lien de causalité soit établi avec une certitude scientifique.

[66] In cases of causal uncertainty, both parties face the difficulty of attempting to establish facts in the absence of complete information. This case raises the issue of how that difficulty ought to be distributed between plaintiffs and defendants in cases involving what Prof. Lara Khoury calls “negligently created causal uncertainty”: *Uncertain Causation in Medical Liability* (2006), at p. 223 (emphasis deleted). That distribution must balance two considerations: ensuring that defendants are held liable for injuries only where there is a substantial connection between the injuries and their fault, on the one hand, and preventing defendants from benefitting from the uncertainty created by their own negligence, on the other. In *Snell*, this Court struck a balance by clarifying that an adverse inference may be available in such circumstances, while leaving the decision on whether to draw that inference to the trial judge as part of the fact-finding process, which is governed by ordinary principles of causation.

[67] The approach taken by the majority of the Court of Appeal disrupts this balance. As Professor Khoury points out:

In cases fraught with scientific uncertainty, rebutting a factual presumption of causation becomes a difficult task for the defendant unless he benefits from some special knowledge unavailable to the plaintiff. When the defendant must cope with the same evidential difficulties as the plaintiff, calling upon the former to demonstrate alternative cause ultimately imposes the consequences of evidential uncertainty on him. The drawing of an automatic presumption from scarce evidence may lead in effect to the same consequences as pure reversal of the burden of proof. [Footnotes omitted; p. 226.]

This is precisely what results from the approach taken by the majority of the Court of Appeal. Despite its insistence that the burden of proof remained with the plaintiff (paras. 145 and 167), its analysis of the evidence indicates otherwise. Once it found that the statistic that 78 percent of fortuitously discovered cancers are at stage I gave rise to an adverse inference, the majority of the Court of Appeal reviewed the remainder of the evidence in terms of whether it

[66] Dans les cas où le lien de causalité n’est pas certain, les deux parties ont la tâche difficile d’établir les faits en l’absence de renseignements complets. Il s’agit en l’espèce de déterminer la répartition de cette difficulté entre elles dans les cas présentant ce que la professeure Lara Khoury appelle une [TRADUCTION] « causalité incertaine résultant de la négligence » (*Uncertain Causation in Medical Liability* (2006), p. 223 (italique omis)). Cette répartition doit concilier deux considérations : d’une part, veiller à ce que les défendeurs ne soient tenus responsables que dans les cas où un lien important unit leur faute au préjudice; d’autre part, empêcher que l’incertitude résultant de leur propre négligence ne profite aux défendeurs. Dans l’arrêt *Snell*, la Cour a établi un juste équilibre en précisant qu’il est possible de tirer une inférence défavorable dans de telles circonstances, mais que cette décision appartient au juge des faits, qui tient compte pour ce faire des principes habituels propres à l’établissement du lien de causalité.

[67] La démarche des juges majoritaires de la Cour d’appel rompt cet équilibre. La professeure Khoury souligne :

[TRADUCTION] Dans les affaires où règne l’incertitude scientifique, il devient difficile pour le défendeur de repousser une présomption de fait quant à l’existence du lien de causalité, à moins qu’il n’ait certaines connaissances spéciales que le demandeur ne possède pas. Lorsque le défendeur et le demandeur sont exposés aux mêmes difficultés en matière de preuve, exiger que le premier démontre une cause subsidiaire lui impose en définitive les conséquences de l’incertitude de la preuve. Qu’une présomption résulte automatiquement d’un dossier de preuve mince pourrait avoir les mêmes conséquences dans les faits que le pur renversement du fardeau de la preuve. [Notes en bas de page omises; p. 226.]

C’est là précisément la résultante de la démarche des juges majoritaires de la Cour d’appel. Même s’ils soutiennent que le fardeau de preuve appartient à la demanderesse (par. 145 et 167), leur analyse de la preuve révèle le contraire. En effet, ayant conclu que la donnée statistique selon laquelle 78 p. 100 des cancers découverts fortuitement en sont au stade I faisait naître une inférence défavorable, les juges majoritaires de la Cour d’appel se sont demandé si

was sufficiently concrete to rebut that statistic: “The real question is . . . whether the respondents brought evidence to demonstrate that he was in the 22% of persons whose cancer was discovered fortuitously at a later stage” (para. 191). The majority of the Court of Appeal found that the defendants had not done so because their expert evidence was speculative. However, as the Court of Appeal recognized, any opinion would have been hypothetical in the absence of a biopsy (para. 162). And yet the statistical evidence that gave rise to the adverse inference insulated the testimony of the plaintiff’s experts from that same criticism.

[68] As Professor Khoury points out, an approach that triggers an adverse inference on the basis of scarce evidence has the same effect as reversing the burden of proof, and should generally be avoided (p. 226). She suggests, however, that cases of negligently created causal uncertainty may be recognized as an exception for which a rebuttable legal inference — in the civil law context, a judicial presumption — is warranted (pp. 227 and 236-37). With respect for the contrary view, I do not agree. Shifting the consequences of causal uncertainty in this manner risks turning defendant professionals into insurers. This is something which the Quebec regime of civil liability does not contemplate. In any event, since it would have the same effect as reversing the burden of proof — as the majority of the Court of Appeal’s approach to the evidence demonstrates — I find that *Snell* and particularly *St-Jean* do not support such a development in the law.

[69] The trial judge did not commit an error of law in applying the rules of evidence. She applied *St-Jean*, pursuant to which presumptions of causation can be drawn only when they are serious, precise and concordant. She did not think that these criteria were met because she chose to believe Dr. Ferraro, the defendants’ expert, over the plaintiff’s experts. She was not required by law to draw a presumption of fact which was for the defendants to rebut simply because (i) it was impossible to

les autres éléments de preuve étaient suffisamment concrets pour réfuter cette donnée statistique : [TRANSDUCTION] « La véritable question est [. . .] de savoir [. . .] si les défendeurs ont présenté des éléments démontrant qu’il appartenait au groupe, représentant 22 p. 100 des cas, de ceux dont le cancer a été découvert fortuitement à un stade avancé » (par. 191). Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont estimé que les défendeurs n’ont pas fait cette démonstration, le témoignage de leur expert étant conjectural. Toutefois, comme la Cour d’appel le reconnaît, toute opinion est hypothétique en l’absence d’une biopsie (par. 162); et pourtant, le témoignage des experts de la demanderesse n’est pas soumis à cette même critique, en raison de la preuve statistique ayant fondé l’inférence défavorable.

[68] Ainsi que le fait remarquer la professeure Khoury, l’inférence défavorable résultant d’une preuve ténue produit le même effet qu’un renversement du fardeau de preuve et devrait généralement être évitée (p. 226). Elle propose toutefois que les tribunaux reconnaissent les cas de causalité incertaine résultant de la négligence à titre d’exception justifiant, en droit, une inférence réfutable — la présomption judiciaire en droit civil (p. 227 et 236-237). Je ne suis pas d’accord. Leur imposer de la sorte les conséquences d’un lien de causalité incertain risque de transformer les professionnels défendeurs en assureurs, ce que le régime de responsabilité civile québécois n’admet pas. Quoi qu’il en soit, comme l’effet serait le même qu’un renversement du fardeau de preuve — à témoin l’appréciation de la preuve par les juges majoritaires de la Cour d’appel — j’estime que l’arrêt *Snell* et l’arrêt *St-Jean* plus particulièrement n’apportent pas pareille évolution du droit.

[69] La juge de première instance n’a commis aucune erreur de droit en appliquant les règles de preuve. Elle a suivi l’arrêt *St-Jean*, selon lequel les présomptions de causalité ne sont admises que si elles sont graves, précises et concordantes. Elle ne croyait pas qu’il avait été satisfait à ces critères, car elle a retenu le témoignage du D<sup>r</sup> Ferraro, l’expert des défendeurs, plutôt que ceux des experts de la demanderesse. Elle n’était pas tenue en droit d’admettre une présomption de fait, que les défendeurs

prove causation as a result of the defendants' fault; and (ii) the plaintiff adduced "some affirmative evidence" that the defendants' fault was linked to the loss.

[70] Therefore, in my respectful view, the trial judge committed no error of law in her causation analysis, and the majority of the Court of Appeal should not have intervened on that basis. The trial judge's finding on causation was thus reviewable solely on the stringent standard of palpable and overriding error.

C. *Did the Trial Judge Commit a Palpable and Overriding Error in Her Appreciation of the Facts?*

[71] Fournier J.A. found that, in evaluating the evidence adduced, the trial judge committed a palpable and overriding error, which justified the intervention of the Court of Appeal. The majority of the Court of Appeal was of the view that the trial judge improperly relied on the speculative evidence offered by the defence expert, Dr. Ferraro, at the expense of statistical evidence that, according to the majority, established that Mr. Émond's cancer was likely at stage I in November 2005 (para. 207). My colleague Justice Côté agrees that the adverse inference described in *Snell* is permissive, but finds that the trial judge's failure to draw it in this case amounted to palpable and overriding error (paras. 95 and 105-7). In my respectful opinion, none of these approaches give sufficient deference to the trial judge's weighing of the evidence.

[72] The majority of the Court of Appeal characterized the task facing the trial judge in weighing the evidence as follows: "The choice was between the concrete statistical evidence, on the one hand, and the speculative explanation for the losses offered by the defence" (para. 212). With respect, I cannot agree with this framing of either the expert evidence or the statistical evidence. Each of the experts formed an opinion on the basis of incomplete information,

pouvaient réfuter, simplement parce que (i) leur faute empêchait de prouver le lien de causalité et que (ii) la demanderesse avait produit [TRADUCTION] « certains éléments de preuve affirmative » d'un lien unissant la faute des défendeurs à la perte.

[70] En conséquence, j'estime que la juge de première instance n'a commis aucune erreur de droit dans son analyse du lien de causalité et que l'intervention des juges majoritaires de la Cour d'appel n'était donc pas justifiée. La conclusion de la juge sur le lien de causalité ne pouvait donc être révisée que selon la norme exigeante de l'erreur manifeste et dominante.

C. *La juge de première instance a-t-elle commis une erreur manifeste et dominante dans son appréciation des faits?*

[71] Le juge Fournier a conclu que la juge de première instance a commis, dans son appréciation de la preuve, une erreur manifeste et dominante qui justifiait l'intervention de la Cour d'appel. Les juges majoritaires de la Cour d'appel étaient d'avis que la juge avait eu tort de se fonder sur la preuve conjecturale produite par l'expert des défendeurs, le D<sup>r</sup> Ferraro, au détriment de la preuve statistique qui, selon les juges majoritaires, permettait d'établir que le cancer de M. Émond en était au stade I en novembre 2005 (par. 207). Ma collègue, la juge Côté, reconnaît que l'inférence défavorable décrite dans l'arrêt *Snell* n'est pas obligatoire, mais estime que la décision de la juge de première instance de ne pas la tirer constituait une erreur manifeste et dominante en l'espèce (par. 95 et 105-107). Soit dit en tout respect, aucune de ces démarches ne témoigne de la déférence que commande l'appréciation de la preuve par la juge de première instance.

[72] Les juges majoritaires de la Cour d'appel décrivent ainsi cette tâche [TRADUCTION] : « Elle avait le choix entre les éléments concrets de preuve statistique, d'une part, et, d'autre part, les explications de nature conjecturale données par la défense pour justifier les pertes subies » (par. 212). Je ne puis malheureusement souscrire à cette description de la preuve d'expert ou de la preuve statistique. Les experts ont fondé leurs avis sur des renseignements incomplets

and, as the trial judge recognized, each of these opinions necessarily involved some degree of speculation and estimation (paras. 120, 123, 125 and 147). As this Court recognized in *Snell*, trial judges are empowered to make legal determinations even where medical experts are not able to express an opinion with certainty (p. 330). The trial judge did not commit a palpable and overriding error in relying on the opinion of an expert who acknowledged the inherent uncertainty in his opinion. Indeed, it was her role to make a legal determination of causation in spite of this. To do so, she familiarized herself with the relevant literature. She was aware of the strengths and weaknesses of all of the evidence, including both the expert and the statistical evidence. Upon weighing the whole of the evidence, she was entitled to accept Dr. Ferraro's conclusion.

[73] The reliance on statistical evidence in this case warrants further comment. Two statistics have featured prominently in appellate review of the trial judge's decision: the average survival period of 8 to 12 months for a patient with stage III or IV lung cancer (trial court decision, at para. 143) and the finding that 78 percent of cancers discovered fortuitously are at stage I (*ibid.*, at para. 119). Fournier J.A.'s finding of palpable and overriding error with respect to the progression of Mr. Émond's cancer rested in large part on the question of life expectancy (paras. 92-93). In the view of the majority of the Court of Appeal, the 78 percent statistic provided the "little affirmative evidence" necessary for an adverse inference of causation (para. 143).

[74] In my view, statistical evidence of this sort should be approached with some caution. Statistical generalizations are not determinative in particular cases. An example from legal theory — L. Jonathan Cohen's well-known gatecrasher paradox — illustrates the risk of reliance on pure statistical evidence. In a case where it is established that only 499 of 1,000 rodeo spectators paid for admission,

et, ainsi que l'a reconnu la juge de première instance, leurs avis comportaient nécessairement une certaine part de conjectures et d'hypothèses (par. 120, 123, 125 et 147). Suivant l'arrêt *Snell*, le juge de première instance a le pouvoir de tirer en droit une conclusion même lorsque les experts médicaux ne sont pas en mesure d'exprimer leur avis avec certitude (p. 330). La juge de première instance n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante en s'appuyant sur l'avis d'un expert ayant reconnu la part d'incertitude inhérente aux circonstances. Au contraire, elle avait pour rôle de se prononcer en droit sur le lien de causalité malgré cette incertitude. Pour ce faire, elle a pris connaissance à fond du dossier et de toute la documentation pertinente disponible. Elle était au fait des points forts et faibles de tous les éléments, y compris la preuve d'expert et la preuve statistique. Il lui était loisible, après avoir apprécié l'ensemble de la preuve, de retenir la conclusion du Dr Ferraro.

[73] Comme la preuve statistique a joué un rôle en l'espèce, d'autres observations s'imposent. Deux données statistiques reviennent souvent dans l'examen en appel de la décision de la juge de première instance : l'espérance de vie moyenne des patients atteints d'un cancer du poumon de stade III ou IV qui varie de 8 à 12 mois (décision de première instance, par. 143) et la conclusion que 78 p. 100 des cancers découverts fortuitement en sont au stade I (*ibid.*, par. 119). La conclusion du juge Fournier de la Cour d'appel quant à l'erreur manifeste et dominante concernant la progression du cancer de M. Émond repose largement sur la preuve relative à l'espérance de vie (par. 92-93). Selon les juges majoritaires de la Cour d'appel, la donnée statistique de 78 p. 100 fournit le « peu d'éléments de preuve affirmative » qui permet de tirer une inférence de causalité défavorable (par. 143).

[74] À mon avis, ce genre de preuve statistique commande une certaine prudence. Les généralisations statistiques ne permettent pas de trancher des cas précis. Un exemple tiré de la doctrine — le fameux paradoxe de L. Jonathan Cohen — illustre le risque de la preuve purement statistique. Selon lui, dans un cas où il est établi que seulement 499 des 1 000 spectateurs d'un rodéo ont acquitté leur droit

and where there is no evidence available of payment or non-payment, it would be unjust to rely on the 50.1 percent probability that a randomly selected attendee is a gatecrasher in order to hold him or her liable for non-payment: *The Probable and the Provable* (1977), at p. 75. Even if a higher probability is available that is more closely tailored to the generic circumstances of the particular rodeo attendee — for example, by age or gender — there is still a risk of injustice where the person nevertheless falls into the minority for whom the generalization does not hold: Cohen, at p. 78. Such a statistic alone does not establish on a balance of probabilities that any *specific* attendee is a gatecrasher:

Regardless of what rule governs the required quantum or preponderance of proof, naked statistics, which are merely reports of accidental groupings, do not count at all as proof of what actually happened on a particular occasion. To determine what actually happened — including how it happened and who did it — we must match particularistic evidence from the particular occasion against possibly applicable causal generalizations . . . .

The problem is not, as some have supposed, that it ordinarily is improper to rely *solely* on naked statistics. Rather, the problem is that naked statistics are not probative at all on the issues of what actually happened, how, and by whom. [Emphasis in original; footnote omitted.]

(R. W. Wright, “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts” (1988), 73 *Iowa L. Rev.* 1001, at pp. 1056-57)

[75] Appellate courts should generally not interfere with a trial judge’s decision not to draw an inference from a general statistic to a particular case. Statistics themselves are silent about whether the particular parties before the court would have conformed to the trend or been an exception from it. Without an evidentiary bridge to the specific circumstances of the plaintiff, statistical evidence is of little assistance. For this reason, such general trends are not determinative

d’entrée et où il est impossible de prouver le paiement, il serait injuste de s’appuyer sur une probabilité de 50,1 p. 100 pour démontrer qu’un spectateur choisi au hasard n’a pas payé son droit d’entrée et, de ce fait, le tenir responsable du non-paiement (*The Probable and the Provable* (1977), p. 75). Même si des données indiquaient une probabilité plus élevée dans les cas correspondant étroitement à la situation du spectateur en question — à titre d’exemple, son âge ou son sexe —, il y aurait tout de même un risque d’injustice si la personne appartenait néanmoins à la minorité à l’égard de laquelle la généralisation ne tient pas (Cohen, p. 78). Cette statistique à elle seule ne permet tout simplement pas d’établir, selon la prépondérance des probabilités, qu’un spectateur *donné* n’ait pas payé son droit d’entrée :

[TRADUCTION] Quelle que soit la règle qui régit la norme ou la prépondérance de preuve, les données statistiques pures, qui constituent simplement des regroupements aléatoires, n’établissent aucunement ce qui s’est réellement produit dans une situation précise. Pour déterminer ce qui s’est réellement produit — notamment, le comment et le qui — il faut rapprocher les éléments propres à la situation et les généralisations de causalité qui peuvent s’appliquer . . .

Ce qui pose problème, c’est non pas, comme certains l’ont laissé entendre, qu’il est normalement inopportun de s’appuyer *uniquement* sur des données statistiques pures, mais plutôt que ces données n’ont aucune valeur probante pour déterminer effectivement le quoi, le comment et le qui. [En italique dans l’original; note en bas de page omise.]

(R. W. Wright, « Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof : Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts » (1988), 73 *Iowa L. Rev.* 1001, p. 1056-1057)

[75] La cour d’appel ne devrait généralement pas modifier la décision du juge de première instance de ne pas tirer d’inférence en appliquant une statistique générale à un cas en particulier. Les statistiques en soi ne disent pas si les parties au litige se seraient conformées à la tendance ou si elles auraient fait partie des cas d’exception. En l’absence de preuve établissant un lien avec les circonstances particulières du plaignant, la preuve statistique est peu utile.

in particular cases: *Laferrière*, at p. 609. What inferences follow from such evidence — whether the generalization that a statistic represents is instantiated in the particular case (Wright, at p. 1057) — is a matter for the trier of fact. This determination must be made with reference to the whole of the evidence.

[76] Statistics are derived from observations of a large number of cases. The relationships they reveal between conditions and outcomes are a function of repetition on a large scale: D. Jutras, “Expertise scientifique et causalité”, in *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*, 897, at pp. 908-9. This is another instance in which we must recognize that scientific and legal fact-finding are distinct processes: *Laferrière*, at p. 606. Legal fact-finding must be concerned with what actually happened between the parties before the court, and not with what happens in most cases, most of the time. As Gonthier J. held in *Laferrière*:

As far as possible, the court must consider the question of responsibility with the particular facts of the case in mind, as they relate concretely to the fault, causation and actual damage alleged in the case. While probabilities are unquestionably a part of the assessment of these elements in the finding of responsibility, I am very reluctant to remove the analysis from the concrete to the probabilistic plane. [p. 606]

[77] Of course, courts may take statistics into account when determining causation: *Laferrière*, at p. 607. Indeed, causation in this case turned on the stage of Mr. Émond’s cancer in November 2005 precisely because the trial judge relied on statistical cure rates to determine the point at which his chances of survival would have dropped below 50 percent, as she was entitled to do (paras. 113-15 and 154-56). The probative value of statistics will vary according to several factors, such as their methodology, how clearly they reveal a trend, and the resemblance between their underlying conditions and the position of the plaintiff: Jutras, at p. 909.

Les tendances générales de ce genre ne sont donc pas déterminantes dans des cas précis (*Laferrière*, p. 609). La décision de tirer ou non une inférence à partir de tels éléments de preuve — à savoir si la généralisation statistique est pertinente en l’espèce (Wright, p. 1057) — appartient au juge des faits, qui tranche au vu de toute la preuve.

[76] Les statistiques sont issues de l’observation d’un grand nombre de cas. Les liens qu’elles révèlent entre les conditions et les résultats sont fonction de la répétition d’événements sur une grande échelle (D. Jutras, « Expertise scientifique et causalité », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*, 897, p. 908-909). La présente affaire nous rappelle la distinction entre l’appréciation scientifique et l’appréciation en droit (*Laferrière*, p. 606). L’appréciation des faits en droit s’attache à ce qui s’est réellement produit entre les parties en litige, et non à ce qui se produit dans la plupart des cas, la plupart du temps. Le juge Gonthier dans l’arrêt *Laferrière* tient les propos suivants :

Dans la mesure du possible, le tribunal doit examiner la question de la responsabilité en ayant à l’esprit les faits particuliers de l’espèce selon qu’ils se rattachent de façon concrète à la faute, à la causalité et au préjudice réel qui sont allégués dans l’espèce. Bien que les probabilités fassent incontestablement partie de l’évaluation de ces éléments pour décider de la responsabilité, j’hésite beaucoup à transporter l’analyse du plan concret à celui d’un calcul de probabilités. [p. 606]

[77] Certes, les tribunaux peuvent tenir compte des statistiques dans l’analyse relative au lien de causalité (*Laferrière*, p. 607). En l’espèce, l’existence du lien de causalité dépendait du stade du cancer en novembre 2005, précisément parce que la juge de première instance avait à bon droit déterminé, sur le fondement des données statistiques de curabilité, le moment où M. Émond aurait moins d’une chance sur deux de survivre (par. 113-115 et 154-156). La valeur probante des statistiques dépend de plusieurs facteurs, telles la méthodologie utilisée, la clarté de la tendance qui s’en dégage et la ressemblance entre les conditions sous-jacentes et la situation du plaignant (Jutras, p. 909).

[78] Drawing an inference from a general statistic in a particular case is an inherent, and often implicit, part of the fact-finding process. A statistic alone reveals nothing about a particular case. It must be interpreted in light of the whole of the evidence. This interpretation is the role of the trial judge, and it is entitled to considerable deference on appeal. Respectfully, the Court of Appeal in this case failed to show such deference.

[79] The trial judge in this case acknowledged the statistic that 78 percent of fortuitously discovered cancers are at stage I. She recognized that Mr. Émond's cancer was fortuitously discovered (para. 119). In considering the evidence as a whole, she declined to infer from those facts that Mr. Émond's cancer was probably at stage I, as she was entitled to do. By contrast, the majority of the Court of Appeal simply treated the statistic as evidence in itself of a 78 percent probability that *Mr. Émond's* cancer was at stage I (paras. 204, 207-8 and 211-12) simply because it was fortuitously discovered. In doing so, the majority usurped the role of the trial judge.

[80] It was for the trial judge to decide what weight, if any, to give to that statistic in Mr. Émond's case. She had a reasonable basis for giving it very little. As originally put to Dr. Ferraro, the defence expert, during cross-examination, the statistic related to cancers fortuitously discovered by CT screening, a more precise diagnostic tool. CT screening would be logically expected to reveal a higher proportion of early stage cancers than fortuitous discovery resulting from a mass initially identified on an X-ray, which is why it was the recommended follow-up to Mr. Émond's November 2005 X-ray in the first place. Moreover, Mr. Émond remained asymptomatic throughout his progression to stage IV cancer: trial court decision, at para. 130. Mr. Émond could easily have had his cancer discovered fortuitously at any stage in its progression. As a result, it was open to the trial judge to find that the general correlation between fortuitous discovery and early stage cancer was a poor basis from which to draw an inference in

[78] Tirer une inférence dans un cas précis à partir d'une statistique générale constitue une partie inhérente, et souvent implicite, de l'appréciation des faits. Une statistique à elle seule ne révèle rien à propos d'un cas précis. Elle doit être interprétée à la lumière de l'ensemble de la preuve. Cette interprétation appartient au juge des faits, et un tel exercice commande un degré élevé de déférence en appel. La Cour d'appel n'a malheureusement pas fait preuve d'une telle déférence.

[79] La juge de première instance a tenu compte de la statistique selon laquelle 78 p. 100 des cancers découverts fortuitement en sont au stade I. Elle a admis que le cancer de M. Émond avait été découvert fortuitement (par. 119). Après avoir examiné l'ensemble de la preuve, elle a refusé de tirer l'inférence que le cancer de M. Émond en était probablement au stade I comme il lui était loisible de le faire. En revanche, les juges majoritaires de la Cour d'appel accordent à cette statistique la preuve de la probabilité, de l'ordre de 78 p. 100, que le cancer *de M. Émond* en soit au stade I (par. 204, 207-208 et 211-212) du seul fait qu'il avait été découvert fortuitement. Les juges majoritaires ont ainsi usurpé le rôle de la juge de première instance.

[80] Il appartenait à la juge de première instance de décider quel poids, s'il y en avait, à accorder à cette statistique dans la situation de M. Émond. Sa décision de lui accorder très peu de poids reposait sur un fondement raisonnable. Comme on l'avait fait remarquer initialement au D<sup>r</sup> Ferraro, l'expert de la défense, durant son contre-interrogatoire, la statistique portait sur les cancers découverts fortuitement au moyen d'un tomodensitogramme, un outil diagnostique plus précis. On s'attendrait logiquement à ce qu'un tomodensitogramme décèle une proportion plus élevée de cancers à un stade précoce que la découverte fortuite d'une masse décelée sur une radiographie. C'est pourquoi ce suivi avait initialement été recommandé à la suite de la radiographie prise en novembre 2005. En outre, M. Émond ne présentait pas de symptômes au cours de l'évolution de son cancer jusqu'au stade IV (décision de première instance, par. 130). Le cancer de M. Émond aurait donc très bien pu être découvert

this case. She committed no palpable and overriding error in disregarding it.

[81] The same principle of deference applies to the trial judge's consideration of the average life expectancy of patients diagnosed with stage III or IV lung cancer. According to the plaintiff's expert, Dr. Langleben, a patient diagnosed with stage III lung cancer generally survives 12 months without treatment, and a patient diagnosed with stage IV lung cancer generally survives 8 months without treatment: trial court decision, at para. 143. In this case, from the time he had stage III cancer, Mr. Émond survived 14 months without treatment (from November 2005 to January 2007), and an additional 17 months with treatment (from February 2007 to June 2008). In Fournier J.A.'s view, these figures ought to have precluded a finding that Mr. Émond's cancer was already at an advanced stage at the time the defendants negligently failed to diagnose it (paras. 92-93). As with the 78 percent statistic, the experts' views of the average survival periods for patients with advanced stage lung cancer were available to the trial judge as a basis for inferring that Mr. Émond's cancer could not have been at an advanced stage in November 2005. But they were not determinative. It was open to her to find that Mr. Émond's survival for longer than average between November 2005 and June 2008 was a departure from statistics that could be explained by his overall good health (para. 144).

[82] I will now turn to the facts on which the trial judge did expressly rely. She carefully considered the evidence before her. Faced with competing expert testimony, she chose to believe Dr. Ferraro, the defendants' expert. Dr. Ferraro's opinion, according to the trial judge, was based on three elements. One of these elements was that a great majority of patients suffering from lung cancer are diagnosed at an advanced stage: trial court decision, at para. 134.

fortuitement à n'importe quel stade. C'est pourquoi il était loisible à la juge de première instance de décider que la corrélation générale entre la découverte fortuite et le stade précoce du cancer n'était pas l'inférence. Elle n'a commis aucune erreur manifeste et dominante en l'écartant.

[81] Le même principe de déférence s'applique à l'appréciation par la juge de première instance de l'espérance de vie moyenne du patient ayant reçu un diagnostic de cancer pulmonaire de stade III ou IV. Selon l'expert de la demanderesse, le D<sup>r</sup> Langleben, le patient qui reçoit un diagnostic de cancer pulmonaire de stade III survit généralement 12 mois sans traitement et en général 8 mois sans traitement si le cancer en est au stade IV (décision de première instance, par. 143). En l'espèce, à partir du moment où son cancer a atteint le stade III, M. Émond a vécu 14 mois sans traitement (de novembre 2005 à janvier 2007), et encore 17 mois avec traitements (de février 2007 à juin 2008). D'après le juge Fournier de la Cour d'appel, ces résultats ne pouvaient permettre de conclure que le cancer en était déjà à un stade avancé au moment où les défendeurs ont négligé de le déceler (par. 92-93). Les avis des experts sur la période de survie moyenne des patients atteints d'un cancer pulmonaire de stade avancé, tout comme la statistique de 78 p. 100, auraient pu étayer une inférence par la juge de première instance suivant laquelle il n'était pas possible que le cancer de M. Émond en soit à un stade avancé en novembre 2005. Ces avis n'étaient toutefois pas déterminants. Il était loisible à la juge de conclure que la période de survie de M. Émond supérieure à la moyenne, de novembre 2005 à juin 2008, défiait les statistiques et pouvait s'expliquer par son bon état de santé général (par. 144).

[82] Je vais maintenant m'attarder aux faits ayant expressément fondé la décision de la juge de première instance. Elle a soigneusement examiné la preuve qui lui a été présentée. Les témoignages d'experts étant contradictoires, elle a ajouté foi à celui du D<sup>r</sup> Ferraro, l'expert des défendeurs. Selon elle, l'opinion du D<sup>r</sup> Ferraro se fondait sur trois éléments, dont celui-ci : la grande majorité des patients atteints d'un cancer du poumon reçoivent un

This statistic is subject to the same caution I have explained. Indeed, because it does not refer to patients whose cancer is discovered fortuitously, it is even less applicable in Mr. Émond's case, as the trial judge recognized (para. 119). In reaching her conclusion on causation, the trial judge did not return to this figure.

[83] The trial judge relied on two additional elements of Dr. Ferraro's opinion. She accepted his view that, when the November 2005 chest X-ray was examined in conjunction with the December 2006 CT scan and the January 2007 PET scan, there was a [TRANSLATION] "prominence" of the hilum and the mediastinum. This supported a finding that Mr. Émond's cancer was at stage III in November 2005, as at stage III the cancer has generally spread to the ganglions of the mediastinum: trial court decision, at para. 108. In accepting this reading, the trial judge noted that Dr. Ferraro, a thoracic surgeon who regularly relied on X-rays and scans to conduct his surgeries, could give a reliable reading of the November 2005 X-ray (para. 150).

[84] In concluding that Mr. Émond's cancer had at least reached stage III by the time of the November 2005 X-ray, Dr. Ferraro's expert report refers only to a hilar prominence. During most of Dr. Ferraro's testimony, he also did not refer to the presence of a mass in the mediastinum. This may appear troublesome, as, according to the trial judge, the presence of a mass in the hilar region (with no presence in the mediastinum) is consistent only with a finding of stage II cancer, and does not indicate stage III cancer. Dr. Ferraro was aware of this difference. However, in re-examination, he stated that, on the November 2005 X-ray, there was a [TRANSLATION] "mass at the level of the hilum and the mediastinum", which is consistent with a finding of stage III cancer. My colleague Justice Côté concludes that this was a mistake on Dr. Ferraro's

diagnostic à un stade avancé de la maladie (décision de première instance, par. 134). Il faut considérer avec prudence pareil énoncé, comme je l'expliquais précédemment. En fait, étant donné qu'il ne mentionne pas les patients dont le cancer a été découvert par hasard, il s'applique encore moins à la situation de M. Émond, comme l'a reconnu la juge de première instance (par. 119). Dans sa conclusion sur le lien de causalité, elle ne revient pas sur cet énoncé.

[83] La juge de première instance a fondé sa décision sur deux autres éléments de l'opinion du Dr Ferraro. Elle a retenu l'affirmation de ce dernier selon qui, en comparant la radiographie pulmonaire de novembre 2005 avec le tomodensitogramme de décembre 2006 et la tomographie par émissions de positrons de janvier 2007, on constate la présence d'une « proéminence » (masse) dans les régions hilaires et médiastinales. Cette affirmation étaye la conclusion selon laquelle le cancer de M. Émond avait atteint le stade III en novembre 2005, puisqu'à ce stade, il s'est généralement propagé aux ganglions du médiastin (décision de première instance, par. 108). En acceptant cette affirmation, la juge de première instance a souligné que le Dr Ferraro, un chirurgien thoracique dont le travail dépend de radiographies et de tomographies, était à même de faire une lecture fiable de la radiographie de novembre 2005 (par. 150).

[84] Le rapport d'expert du Dr Ferraro, en concluant que le cancer de M. Émond en était au moins au stade III en novembre 2005, au moment de la radiographie, ne mentionne que la proéminence dans la région hilare. De plus, dans l'essentiel de son témoignage, il est muet sur la présence d'une masse dans le médiastin. Cela peut sembler problématique, puisque selon la juge, la présence d'une masse dans la région hilare (mais non dans le médiastin) permet de conclure que le cancer en est au stade II, et non au stade III. Le Dr Ferraro était au fait de cette différence. Or, il a déclaré en réinterrogatoire avoir observé sur la radiographie de novembre 2005 une « masse au niveau du hile et du médiastin », ce qui correspond à un cancer de stade III. Selon ma collègue la juge Côté, il s'agit d'une erreur de la part du Dr Ferraro (par. 122) et d'une erreur manifeste

part (para. 122) and that the trial judge's reliance on it gave rise to a palpable and overriding error. With respect for the contrary view, the trial judge's reliance on Dr. Ferraro's re-examination testimony on this point is not the sort of error that meets the high threshold for appellate intervention. Appellate courts must be cognizant of the risk of "tunnel vision" in reviewing medical evidence at trial for palpable and overriding error. In this case, the trial judge would have weighed Dr. Ferraro's reference to the mediastinum against all of the evidence, including her assessment of the strengths and weaknesses of each expert's testimony and the reliability of Dr. Ferraro's retrospective reading of the November 2005 X-ray. Respectfully, the fact that she did not specifically address this inconsistency when she concluded that the cancer had likely spread to the mediastinum by November 2005 does not amount to a palpable and overriding error in her evaluation of the evidence.

[85] Finally, the trial judge highlighted Dr. Ferraro's opinion that the cancer could not have progressed from stage I to stage IV between November 2005 and December 2006, as lung cancer generally progresses slowly and can take up to three years to reach stage IV (para. 134). She cited medical literature confirming that lung cancer develops particularly slowly among non-smokers like Mr. Émond. My colleague Justice Côté observes that studies revealing a slower progression among non-smokers do not necessarily indicate that the progression is slow (para. 116). However, the trial judge would not have understood these studies in isolation. She was entitled to find that being a non-smoker could place Mr. Émond at the upper end of the three-year range she identified from Dr. Ferraro's testimony. She also observed that the opacity in Mr. Émond's lung did not increase in size between November 2005 and January 2006 and grew only 0.5 to 1 cm by December 2006 (paras. 138-39). These observations are consistent with her conclusion that the slow progression of Mr. Émond's lung cancer meant that it would already have been beyond a curable stage in November 2005. It was open to the trial judge to exercise her discretion to make this finding on the basis of the evidence before her. To find otherwise requires reweighing the evidence in a manner that,

et dominante de la juge de première instance qui a donné foi à ce témoignage. Malgré tout le respect pour l'opinion contraire, je suis d'avis que ce n'est pas là le genre d'erreur qui satisfait au seuil élevé qui justifie l'intervention en appel. Les tribunaux d'appel doivent se garder d'adopter une « vision étroite » lorsqu'ils examinent la preuve médicale présentée en première instance pour établir s'il y a eu erreur manifeste et dominante. En l'espèce, la juge de première instance a évalué la mention du médiastin au regard de l'ensemble de la preuve et notamment des forces et des faiblesses du témoignage de chaque expert et de la fiabilité de la lecture rétrospective de la radiographie de novembre 2005 faite par le D<sup>r</sup> Ferraro. Toutefois, le fait pour la juge de n'avoir pas mentionné spécifiquement cette incohérence lorsqu'elle a conclu que le cancer s'était vraisemblablement propagé au médiastin en novembre 2005 ne constitue pas une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve.

[85] Enfin, la juge de première instance a souligné l'avis du D<sup>r</sup> Ferraro selon qui le cancer n'aurait pu progresser du stade I au stade IV entre novembre 2005 et décembre 2006, puisque ce type de cancer évolue généralement lentement et peut prendre jusqu'à trois ans avant d'atteindre le stade IV (par. 134). Elle a cité des publications médicales confirmant que le cancer pulmonaire évolue particulièrement lentement chez les non-fumeurs comme M. Émond. Ma collègue, la juge Côté, fait observer que les études qui font état d'une évolution moins rapide du cancer chez les non-fumeurs ne signifient pas nécessairement que cette évolution est lente (par. 116). Or, la juge de première instance n'a pas interprété ces études en vase clos. Il lui était loisible de conclure que le fait pour M. Émond d'être un non-fumeur le plaçait à l'extrémité supérieure de la fourchette de trois ans qu'elle avait relevée dans le témoignage du D<sup>r</sup> Ferraro. Elle a également fait remarquer que l'opacité constatée sur le poumon de M. Émond n'avait pas grossi entre novembre 2005 et janvier 2006, et qu'elle n'avait augmenté que de 0,5 à 1 cm en décembre 2006 (par. 138-139). Ces observations étayaient sa conclusion selon laquelle l'évolution lente du cancer de M. Émond faisait en sorte qu'il était déjà trop avancé pour être curable en novembre 2005. La juge de première instance pouvait,

in my respectful opinion, goes beyond the standard of palpable and overriding error.

[86] It could be said that it would have been open to the trial judge to find in favour of the plaintiff, particularly if individual components of the evidence had been examined in isolation. However, the trial judge carefully weighed the evidence as a whole, including both the statistical evidence and the evidence specific to Mr. Émond. Against that backdrop, she considered and evaluated three expert opinions, all of which necessarily involved some speculation. Her causation analysis was based on all of this evidence. She made no palpable and overriding error in finding that the plaintiff had failed to establish causation on a balance of probabilities, and deference to her conclusion is in order.

#### V. Disposition

[87] I would allow the appeal with costs throughout.

The reasons of Abella, Côté and Brown JJ. were delivered by

[88] CÔTÉ J. (dissenting) — In this matter, we must decide whether the Quebec Court of Appeal erred in reversing the trial judge’s finding that the appellants’ faulty conduct had not, on a balance of probabilities, caused the death of the late Marc Émond.

#### I. Whether the Majority of the Quebec Court of Appeal Applied the Correct Standard of Review

[89] Kasirer and Bélanger JJ.A., writing for the majority of the Court of Appeal, held that the trial judge’s failure to draw a negative inference against

en vertu de son pouvoir discrétionnaire, tirer cette conclusion au vu de la preuve dont elle disposait. Pour arriver à une autre conclusion, il faudrait réévaluer la preuve d’une manière qui, à mon humble avis, ne respecte pas la norme de l’erreur manifeste et dominante.

[86] Il est possible d’affirmer, particulièrement si chaque élément de preuve avait été examiné isolément, que la juge de première instance aurait pu donner gain de cause à la demanderesse. Cependant, elle a soigneusement évalué la preuve dans son ensemble, notamment les statistiques et les éléments propres au cas de M. Émond. Dans ce contexte, elle a entendu et évalué les avis de trois experts, chacun comportant nécessairement une certaine part de conjectures. Son analyse du lien de causalité était fondée sur l’ensemble de cette preuve. Elle n’a commis aucune erreur manifeste et dominante en concluant que la demanderesse n’avait pas démontré, selon la prépondérance des probabilités, l’existence d’un lien de causalité, et sa conclusion commande la déférence.

#### V. Dispositif

[87] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs des juges Abella, Côté et Brown rendus par

[88] LA JUGE CÔTÉ (dissidente) — Dans la présente affaire, nous devons décider si la Cour d’appel du Québec a infirmé à tort la conclusion de la juge de première instance, suivant laquelle la faute commise par les appelants, selon prépondérance des probabilités, n’a pas causé le décès de Marc Émond.

#### I. Les juges majoritaires de la Cour d’appel du Québec ont-ils appliqué la bonne norme de contrôle?

[89] Les juges Kasirer et Bélanger, pour la majorité, ont conclu que la décision de la juge de première instance de ne pas tirer d’inférence défavorable aux

the defendants in this case constituted an error of law and was reviewable as such: 2014 QCCA 2207, 16 C.C.L.T. (4th) 190.

[90] It is trite law to say that factual findings made by a trial judge should not be interfered with by an appellate court absent a palpable and overriding error in the trial judge's understanding of the evidence: *St-Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491, at para. 36; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 10-18.

[91] This is also true for factual inferences drawn by trial judges: *Housen*, at paras. 19-25. Indeed, where there is no palpable and overriding error regarding the facts underlying an inference, it is open to an appellate court to interfere with factual inferences made by a trial judge only where *the inference-drawing process itself* constitutes a palpable and overriding error: *Housen*, at paras. 22-23. It is useful to recall this Court's discussion of the standard of review applicable to factual findings in *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401, at paras. 52-55:

Fact finding in the litigation context involves a series of cerebral operations, some simple, others complex, some sequential, others simultaneous. The entire process is generally reserved in Canada to courts of first instance. In the absence of a clear statutory mandate to the contrary, appellate courts do not “rehear” or “retry” cases. They review for error.

The standard of review for error has been variously described. In recent years, the phrase “palpable and overriding error” resonates throughout the cases. Its application to all findings of fact — findings as to “what happened” — has been universally recognized; its applicability has not been made to depend on whether the trial judge's disputed determination relates to credibility, to “primary” facts, to “inferred” facts or to global assessments of the evidence.

Nor has the standard been said to vary according to whether we are concerned with what Hohfeld long ago described as “evidential” or “constitutive” facts (see W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied*

défendeurs en l'espèce constituait une erreur de droit justifiant l'intervention de la cour (2014 QCCA 2207, 16 C.C.L.T. (4th) 190).

[90] Il est bien établi qu'une cour d'appel ne doit pas modifier les conclusions de fait du juge de première instance, sauf en cas d'erreur manifeste et dominante dans l'interprétation de la preuve (*St-Jean c. Mercier*, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491, par. 36; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10-18).

[91] Ce principe vaut également pour les inférences de fait tirées par un juge de première instance (*Housen*, par. 19-25). En effet, en l'absence d'erreur manifeste et dominante quant aux faits sur lesquels repose l'inférence, ce n'est que lorsque *le processus inférentiel lui-même* est manifestement erroné que la cour d'appel peut modifier l'inférence factuelle (*Housen*, par. 22-23). Il est utile de rappeler l'analyse de la norme de contrôle applicable aux conclusions factuelles, faite par la Cour dans l'arrêt *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401, par. 52-55 :

L'appréciation des faits dans le contexte d'un litige suppose une série d'opérations mentales qui peuvent être simples ou complexes, successives ou simultanées. Au Canada, elle est généralement du seul ressort des tribunaux de première instance. À moins que le législateur ne lui confère clairement le pouvoir de le faire, une cour d'appel ne « réentend » pas une affaire ni ne « l'instruit à nouveau ». Elle vérifie si la décision est exempte d'erreur.

Le contrôle d'erreur a été décrit de différentes façons. Ces dernières années, l'expression « erreur manifeste et dominante » trouve un écho dans toute la jurisprudence. L'application de cette norme à toutes les conclusions de fait — celles portant sur « ce qui s'est passé » — est universellement reconnue; elle n'est pas subordonnée à ce que la décision contestée du juge de première instance touche à la crédibilité, à des faits prouvés directement, à des faits « inférés » ou à l'appréciation globale de la preuve.

Nul n'a prétendu non plus que la norme variait selon que l'on se trouve ou non en présence de faits que Hohfeld a qualifiés, il y a longtemps, de « probatoires » ou de « constitutifs » (voir W. N. Hohfeld, *Fundamental*

*in Judicial Reasoning and Other Legal Essays* (1923), at p. 32). Nor, put differently, has the standard been said to vary according to whether our concern is with direct proof of a fact in issue, or indirect proof of facts from which a fact in issue has been inferred.

“Palpable and overriding error” is at once an elegant and expressive description of the entrenched and generally applicable standard of appellate review of the findings of fact at trial. But it should not be thought to displace alternative formulations of the governing standard. In *Housen*, for example, the majority (at para. 22) and the minority (at para. 103) agreed that inferences of fact at trial may be set aside on appeal if they are “clearly wrong”. Both expressions encapsulate the same principle: an appellate court will not interfere with the trial judge’s findings of fact unless it can plainly identify the imputed error, and that error is shown to have affected the result. [Emphasis added.]

[92] Causation, without a doubt, is a question of fact (*St-Jean*, at paras. 98 and 103-5):

Causation here is a question of fact. . . .

. . . .

The confusion on this issue perhaps stems from an inability to distinguish between cause in the pure physical sense and cause as it is cognizable in law. The latter is a question of law only insofar as we are looking at facts through the lens of the law. However, the inconsequentiality of this observation is made obvious by the truth that everything in judicial decision making is looked at through the lens of the law. This does not make everything a question of law. For example, even questions of pure fact like whether a person was present in a certain place, or whether a person committed a certain act are determined according to the probability of that being so (or according to certainty beyond a reasonable doubt in the criminal domain). This use of the legal rule of evidence of proof on a balance of probabilities to ascertain facts does not transform the question of fact into one of law.

In the determination of fault one applies norms of behaviour required by law to a set of facts. This obviously makes the question one of mixed law and fact. In contrast, in the determination of causation one is inquiring

*Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays* (1923), p. 32). L’on n’a pas dit non plus, en d’autres termes, que la norme variait selon que l’on avait affaire ou non à la preuve directe d’un fait en litige ou à la preuve indirecte de faits à partir desquels un fait en litige a été inféré.

L’expression « manifeste et dominante » décrit de manière à la fois élégante et colorée la norme bien établie et généralement applicable en appel à l’égard d’une conclusion de fait tirée lors du procès. Elle ne supplante cependant pas les autres formulations de la norme applicable. Par exemple, dans l’arrêt *Housen*, les juges majoritaires (au par. 22) et les juges minoritaires (au par. 103) ont convenu que les inférences de fait « manifestement erronée[s] » tirées au procès pouvaient être annulées en appel. Les deux expressions consacrent le même principe : une cour d’appel modifiera les conclusions de fait du juge de première instance seulement si elle peut relever clairement l’erreur alléguée et s’il est établi que cette erreur a joué dans la décision. [Je souligne.]

[92] La causalité est indubitablement une question de fait (*St-Jean*, par. 98 et 103-105) :

La causalité en l’espèce est une question de fait. . .

. . . .

La confusion qui entoure cette question découle peut-être d’une difficulté à distinguer la causalité au sens purement physique et la causalité susceptible d’être reconnue en droit. Cette dernière est une question de droit seulement dans la mesure où les faits sont examinés selon leur portée juridique. Cependant, la banalité de cette observation est évidente car, dans les instances judiciaires, tout est examiné selon la portée juridique. Cela ne veut pas dire pour autant que tout est une question de droit. Par exemple, même des questions purement factuelles, comme celles de savoir si une personne était présente à un certain endroit ou celles de savoir si une personne a commis un acte donné, sont tranchées suivant les probabilités (ou suivant une certitude hors de tout doute raisonnable en matière pénale). L’utilisation de la règle juridique de la prépondérance des probabilités dans l’appréciation des faits ne transforme pas la question de fait en une question de droit.

L’attribution d’une faute comporte l’application à un ensemble de faits des normes de comportement prescrites par des règles de droit. Cela en fait évidemment une question mixte de droit et de fait. Par contre, dans

into whether something happened between the fault and the damage suffered so as to link the two. That link must be legally significant in an evidentiary sense, but it is rendered no less a question of fact.

The difficulty on this point may also arise from the fact that the analysis of causation sometimes depends on presumptions that can be drawn. However, as indicated by the legislator in the *Civil Code of Québec* in making “Presumptions” a chapter in the title on proof, and as L’Heureux-Dubé J. discussed in *Quebec (Public Curator)*, *supra*, at para. 47, these too are means of proof and so are properly within the realm of fact. [Emphasis deleted.]

[93] It should also be remembered that refusal to draw an inference or to apply a presumption under the *Civil Code of Québec* “is as much an evidentiary decision as is any other acceptance or non-acceptance of methods of proof”: *St-Jean*, at para. 114.

[94] As a result, I agree with my colleague, Justice Wagner, that the majority of the Court of Appeal erred in finding that the trial judge’s decision not to draw a negative inference or to apply a factual presumption under the *Civil Code* was a question of law and therefore reviewable on a correctness standard.

[95] Nonetheless, to say that the standard of review is a stringent one does not mean that it can never be satisfied. Here, in my opinion, Justice Fournier of the Court of Appeal showed the required level of deference and rightly concluded that the court’s intervention was justified. Moreover, regardless of the fact that the majority of the Court of Appeal erred in characterizing the trial judge’s failure to draw an adverse inference as an error of law, in my opinion, that failure by the trial judge in the present case constitutes a palpable and overriding error. The majority’s mischaracterization of the type of error is therefore of no consequence to the outcome of the case at bar.

la détermination de la causalité, on examine si quelque chose s’est produit entre la faute et le préjudice subi qui puisse établir un lien entre les deux. Ce lien doit être juridiquement important au niveau de la preuve, mais il ne s’agit pas moins d’une question de fait.

La difficulté à cet égard peut aussi découler du fait que l’analyse de la causalité se fonde parfois sur des présomptions. Cependant, comme le législateur l’indique dans le *Code civil du Québec* en leur réservant un chapitre intitulé « De la présomption » dans le titre consacré à la preuve, et comme le fait ressortir le juge L’Heureux-Dubé dans *Québec (Curateur public)*, précité, par. 47, les présomptions sont des moyens de preuve parmi d’autres et relèvent à bon droit du domaine des faits. [Soulignement dans l’original omis.]

[93] Il convient également de rappeler que le refus de tirer une inférence ou d’appliquer une présomption de fait prévue au *Code civil du Québec* « est autant une décision sur la preuve que tout autre acceptation ou refus de moyens de preuve » (*St-Jean*, par. 114).

[94] Sur ce point, je suis d’accord avec mon collègue, le juge Wagner, pour dire que les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu à tort que la décision de la juge de première instance de ne pas tirer d’inférence défavorable ou de ne pas appliquer la présomption de fait prévue au *Code civil* était une question de droit et donc assujettie à la norme de la décision correcte.

[95] Quoi qu’il en soit, qualifier de stricte une norme de contrôle ne signifie pas qu’il est impossible d’y satisfaire. En l’espèce, à mon avis, le juge Fournier de la Cour d’appel a démontré la déférence qui s’imposait et a conclu à bon droit que l’intervention de la cour était justifiée. Par ailleurs, même si les juges majoritaires de la Cour d’appel ont eu tort d’assimiler à une erreur de droit la décision de la juge de première instance de ne pas tirer une inférence défavorable, j’estime que cette dernière décision constitue en l’espèce une erreur manifeste et dominante. La caractérisation de la nature de l’erreur par les juges majoritaires n’a donc pas de conséquence sur l’issue de l’affaire.

[96] But before I turn to the issue of whether the trial judge committed a palpable and overriding error in her understanding of the evidence or in the inference-drawing process itself, it is important to clarify that, in my view, and contrary to my colleague’s opinion, the majority of the Quebec Court of Appeal did not misstate the rule described by this Court in *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, and in *St-Jean*. Rather, its reasoning constitutes an example of the inference-drawing process described in those cases.

## II. Whether the Quebec Court of Appeal Misstated the Law of Adverse Inference and Presumptions in Causation

[97] According to my colleague’s opinion, the majority of the Quebec Court of Appeal created a new rule according to which a trier of fact “must” draw an adverse inference of causation against a defendant when the defendant’s negligence has undermined the plaintiff’s ability to prove causation, and when the plaintiff has adduced “some” or “very little affirmative evidence” of causation (paras. 27 and 41). In my view, this is a mischaracterization of what the Court of Appeal really held.

[98] In fact, relying on *Snell* and *St-Jean*, the Court of Appeal held that “[w]here a physician, by reason of his or her fault, undermines the plaintiff’s ability to prove causation, courts have rightly held that the rules of proof that place the full onus on the plaintiff should be relaxed” (para. 165) and that this is not achieved “by shifting the ultimate burden of proving causation from the plaintiff but, instead, by recognizing that an unfavourable inference may be drawn against the defendant physician where some affirmative evidence of causation is adduced by the plaintiff” (para. 166 (emphasis added)). The Court of Appeal used such permissive language throughout its reasons (see paras. 145, 213 and 218):

Applying the ultimate burden of proof — which, of course, always rests with the plaintiffs — we are of the respectful view that the judge should have found the unanswered statistical proof advanced by the appellants

[96] Cependant, avant d’aborder la question de savoir si la juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante dans son interprétation de la preuve ou dans le processus inférentiel, il importe de préciser que selon moi, et contrairement à l’avis mon collègue, les juges majoritaires de la Cour d’appel du Québec ont bien énoncé la règle établie par la Cour dans les arrêts *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, et *St-Jean*. Leur raisonnement est d’ailleurs conforme au processus inférentiel décrit dans ces arrêts.

## II. La Cour d’appel du Québec a-t-elle mal énoncé le droit applicable à l’inférence défavorable et aux présomptions en matière de causalité?

[97] D’après mon collègue, les juges majoritaires de la Cour d’appel du Québec ont créé une nouvelle règle selon laquelle le juge des faits « doit » tirer une inférence de causalité défavorable au défendeur lorsque la négligence de celui-ci compromet la possibilité pour le demandeur de prouver la causalité et lorsque ce dernier produit « certains » ou « très peu d’éléments de preuve affirmative » (par. 27 et 41). J’estime qu’il s’agit d’une interprétation erronée de ce que les juges majoritaires ont réellement décidé.

[98] En fait, la Cour d’appel, se fondant sur les arrêts *Snell* et *St-Jean*, affirme que [TRADUCTION] « [l]orsqu’un médecin compromet, par sa faute, la possibilité pour le demandeur de prouver la causalité, les tribunaux ont conclu à bon droit qu’il convient d’assouplir les règles de preuve qui imposent entièrement le fardeau au demandeur » (par. 165) et que cet assouplissement ne s’obtient pas « en dégageant le demandeur du fardeau ultime de prouver la causalité, mais plutôt en reconnaissant la possibilité de tirer une inférence défavorable contre le médecin défendeur lorsque le demandeur produit certains éléments de preuve affirmative » (par. 166 (je souligne)). Les motifs de la Cour d’appel sont émaillés de termes exprimant le caractère non obligatoire (voir par. 145, 213 et 218) :

[TRADUCTION] Nous sommes d’avis qu’en appliquant le fardeau de preuve ultime — lequel appartient toujours, bien entendu, aux demandeurs —, la juge aurait dû conclure que la preuve statistique non contredite produite

allowed causation to be inferred, to the disadvantage of the respondents, given the absence of concrete evidence to the contrary.

This is an instance in which courts should be on guard against eviscerating the advantages of the evidentiary rules on proving causation spoken to in *Snell* and *St-Jean*. The danger lies in circumstances where, as in this case, the defence raises various hypothetical explanations, as opposed to concrete factual evidence, as to how the damage came about in order to neutralize the “unfavourable inference” spoken to by the Supreme Court. It is safe to say that the defence will often be able to find some hypothesis to advance in the guise of “evidence to the contrary”, whatever its probative value, and thereby seek to undermine the unfavourable inference that might weigh against it. . . .

In emphasizing the factors that allow the unfavourable inference of causation to be drawn against the respondents in this case, it is instructive to contrast the present circumstances with those prevailing in *St-Cyr c. Fisch* and *Aristorenas v. Comcare Heath Services*, respectively Quebec and Ontario cases in which the *Snell* inference was not applied. [Emphasis added; footnotes omitted.]

[99] In my view, the Court of Appeal correctly summarized *Snell*, in which this Court held, at pp. 329-30, that “[i]t is not strictly accurate to speak of the burden shifting to the defendant when what is meant is that evidence adduced by the plaintiff may result in an inference being drawn adverse to the defendant” (emphasis added). This statement of the law is also consistent with the discussion in *Ediger v. Johnston*, 2013 SCC 18, [2013] 2 S.C.R. 98, at para. 36, in which this Court recently confirmed that “[t]he trier of fact may, upon weighing the evidence, draw an inference against a defendant who does not introduce sufficient evidence contrary to that which supports the plaintiff’s theory of causation” (emphasis added). In other words, the Court of Appeal correctly held that trial judges are *permitted* to draw an unfavourable inference in some circumstances (“may”), as opposed to being *required* to do

par les appelantes permettait d’inférer la causalité, au détriment des intimés, vu l’absence d’une preuve contraire concrète.

Il s’agit d’une situation où les tribunaux devraient se garder de réduire à néant les avantages que confèrent les règles de preuve applicables pour prouver la causalité et dont il était question dans les arrêts *Snell* et *St-Jean*. Le danger se pose dans les cas, comme en l’espèce, où la défense avance diverses explications possibles, au lieu de produire une preuve factuelle concrète, pour expliquer ce qui aurait causé le préjudice, dans le but de neutraliser l’« inférence défavorable » mentionnée par la Cour suprême. Il est juste de dire que la défense pourra souvent trouver une hypothèse qu’elle qualifiera de « preuve du contraire », quelle que soit sa valeur probante, pour tenter de miner l’inférence défavorable susceptible de jouer contre elle. . . .

Pour souligner les facteurs qui permettent de tirer une inférence de causalité défavorable aux intimés en l’espèce, il est utile de comparer la présente situation à celle qui existait dans les arrêts *St-Cyr c. Fisch* et *Aristorenas c. Comcare Heath Services*, affaires du Québec et de l’Ontario, respectivement, dans lesquelles l’inférence visée dans l’arrêt *Snell* n’a pas été appliquée. [Je souligne; notes en bas de page omises.]

[99] J’estime que la Cour d’appel a bien résumé l’arrêt *Snell*, dans lequel la Cour affirme, aux p. 329-330, qu’« [i]l n’est pas tout à fait exact de parler d’un déplacement du fardeau vers le défendeur lorsqu’on veut dire que la preuve présentée par le demandeur peut avoir comme résultat une inférence défavorable au défendeur » (je souligne). Cet énoncé concorde également avec l’analyse effectuée dans l’arrêt récent *Ediger c. Johnston*, 2013 CSC 18, [2013] 2 R.C.S. 98, par. 36, dans lequel la Cour confirme que « [l]e juge des faits peut, en soutesant la preuve, tirer une inférence défavorable au défendeur qui ne produit pas une preuve suffisante contraire à la thèse du demandeur concernant le lien de causalité » (je souligne). Autrement dit, la Cour d’appel a conclu à raison qu’il *est loisible* au juge de première instance de tirer une inférence défavorable dans certaines circonstances (« peut »), mais qu’il n’est pas *obligé*

so (“must”). The Court of Appeal did not hold that judges should automatically draw an unfavourable inference whenever the above conditions are met, as my colleague suggests it did.

[100] In my opinion, the Quebec Court of Appeal did not create a new legal presumption, nor did it reverse the burden of proof. Although the phrasing it used was sometimes questionable, it seems to me that the majority applied the principles regarding presumptions of fact that were put forward by this Court in *Snell* and recognized to be applicable under Quebec law in *St-Jean*. All the Court of Appeal did was apply a presumption of fact under art. 2849 of the *Civil Code*, which provides that such presumptions are “left to the discretion of the court which shall take only serious, precise and concordant presumptions into consideration”.

[101] In the absence of direct evidence, the Court of Appeal simply grounded its finding of causation in indirect evidence and drew a presumption under art. 2849 of the *Civil Code*. It is useful to recall Justice Pigeon’s discussion in *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] S.C.R. 745, at p. 749:

[TRANSLATION] The Quebec courts, like those of the other provinces and Great Britain, have for quite some time, and for good reason, rejected a certain theory to the effect that direct evidence of fault is necessary in medical malpractice cases. The provisions that allow for proof by presumption of fact (arts. 1238, 1242 C.C.) make no distinction, and there is no reason to introduce one arbitrarily.

The only point to be considered, therefore, is whether the evidence was sufficient to support the conclusion that, in all probability, what happened would not have occurred, in the absence of fault. I use the words “in all probability”, because it is clear that when Taschereau J., in the above quoted passage, said “it is evident”, he was not intending to require a degree of certainty beyond the standard used in civil cases, i.e., reasonable probability. We are not dealing here with the certainty beyond reasonable doubt which is required only in criminal matters. Much less, may we require mathematical certainty, a demonstration excluding all other probabilities. In *Montreal Tramways v. Léveillé*, this Court accepted a presumption of fact as sufficient evidence of a cause-and-effect relationship

(« doit ») de le faire. La Cour d’appel n’a pas dit que les juges devaient tirer une inférence défavorable dès que les conditions susmentionnées sont remplies, contrairement à ce que suggère mon collègue.

[100] À mon avis, la Cour d’appel du Québec n’a ni créé une nouvelle présomption légale, ni inversé le fardeau de preuve. Même si certains passages des motifs des juges majoritaires peuvent prêter à confusion, il me semble qu’ils ont appliqué les principes énoncés par la Cour dans l’arrêt *Snell* concernant les présomptions de fait, principes dont l’application a été reconnue au Québec dans l’arrêt *St-Jean*. La Cour d’appel n’a fait qu’appliquer la présomption de fait visée à l’art. 2849 du *Code civil*, aux termes duquel ces présomptions sont « laissées à l’appréciation du tribunal qui ne doit prendre en considération que celles qui sont graves, précises et concordantes ».

[101] Faute de preuve directe, la Cour d’appel a fondé sa conclusion sur la causalité sur la preuve indirecte et a appliqué la présomption visée à l’art. 2849 du *Code civil*. Il est utile de rappeler l’analyse du juge Pigeon dans l’arrêt *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] R.C.S. 745, p. 749 :

C’est à bon droit que les tribunaux du Québec à l’instar de ceux des autres provinces et de Grande-Bretagne ont depuis assez longtemps rejeté une certaine théorie d’après laquelle en matière de responsabilité médicale, une preuve directe de la faute aurait été nécessaire. Les textes qui admettent la preuve par présomption de fait (art. 1238, 1242, C.C.) ne font aucune distinction et il n’y a pas lieu d’en introduire arbitrairement.

Il faut donc uniquement rechercher si la preuve faite était suffisante pour permettre de conclure qu’en toute probabilité ce qui s’est produit ne serait pas arrivé en l’absence de faute. Je dis « en toute probabilité » car il est clair que lorsque dans le texte ci-dessus cité le juge Taschereau dit « il est évident », il n’entend pas exiger un degré de certitude autre que celui qui doit servir à juger les causes civiles, soit une probabilité raisonnable. Il ne s’agit pas d’une certitude hors de tout doute raisonnable qui est exigée en matière criminelle seulement. Encore moins peut-on exiger une certitude mathématique, une démonstration qui exclut toute autre probabilité. Dans *Montreal Tramways c. Léveillé*, cette Cour a admis une présomption de fait comme preuve suffisante de la relation de cause à

between a pregnant woman's fall and her child's deformity.

[102] Drawing an unfavourable inference or applying a presumption is a discretionary decision and is but one of many methods of proof available to courts in making factual findings: *St-Jean*, at para. 114. Ultimately, whether or not an inference of causation should be drawn is "a matter of weighing evidence" (*Snell*, at p. 330). Trial judges may draw adverse inferences of causation against a defendant by applying a presumption under the *Civil Code* based on their assessment and weighing of the evidence as a whole. In my opinion, that is what the Court of Appeal did in this case.

### III. Whether the Trial Judge Committed a Palpable and Overriding Error in Her Understanding of the Evidence

[103] I also part ways with my colleague on the issue of whether the trial judge's understanding of the evidence before her involved palpable and overriding errors. In my opinion, the judge committed three such errors: (1) she misapprehended the evidence before her by misconstruing Dr. Ferraro's testimony; (2) she omitted key objective evidence; and (3) she erred in the resulting inference-drawing process itself.

[104] A Court of Appeal will be justified in intervening where the trial judge's factual findings are "based on a failure to consider relevant evidence or on a misapprehension of the evidence": *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78, at p. 84; see also *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at p. 794; *Housen*, at para. 72.

[105] First, in the case at bar, the trial judge relied on the defence expert's testimony: 2011 QCCS 4755. However, in my opinion, she misapprehended Dr. Ferraro's evidence in several respects. She misconstrued his expert opinion about the rate of progression of lung cancer and his alleged detection of

effet entre une chute faite par une femme enceinte et la difformité de son enfant.

[102] La décision de tirer ou non une inférence défavorable, ou d'appliquer ou non une présomption, est discrétionnaire. La preuve par présomption est un moyen de preuve parmi tant d'autres auxquels le tribunal peut recourir pour tirer des conclusions de fait (*St-Jean*, par. 114). Ultimement, la question de savoir si une inférence de causalité doit être ou non tirée est une question d'« évaluation de la preuve » (*Snell*, p. 330). Les juges de première instance peuvent tirer des inférences de causalité défavorables aux défendeurs en appliquant les présomptions de fait prévues au *Code civil*, selon leur appréciation et pondération de tous les éléments de preuve. À mon avis, c'est ce qu'a fait la Cour d'appel en l'espèce.

### III. La juge de première instance a-t-elle commis une erreur manifeste et dominante dans son appréciation de la preuve?

[103] Mon opinion diffère de celle de mon collègue sur la question de savoir si l'appréciation par la juge de première instance de la preuve dont elle disposait était entachée d'erreurs manifestes et dominantes. Je suis d'avis que la juge a commis trois telles erreurs : (1) elle a fait une lecture erronée du témoignage du D<sup>r</sup> Ferraro; (2) elle a fait abstraction d'une preuve objective clé et (3) son processus inférentiel lui-même était erroné.

[104] L'intervention de la Cour d'appel sera justifiée lorsque, en tirant des conclusions de fait, le juge de première instance « a omis d'étudier un élément de preuve pertinent ou a mal compris la preuve » (*Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78, p. 84; voir aussi *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, p. 794; *Housen*, par. 72).

[105] Premièrement, en l'espèce, la juge de première instance a fondé sa décision sur le témoignage de l'expert cité par la défense (2011 QCCS 4755). À mon avis, elle a mal apprécié la preuve du D<sup>r</sup> Ferraro à plusieurs égards. Elle a mal interprété son opinion sur le taux de progression du cancer

shadows in the hilar *and mediastinal* regions on the November 2005 X-ray. This misapprehension of the evidence constitutes a palpable and overriding error.

[106] Second, in her reasons, the trial judge ignored essential evidence relating to the condition of the deceased in November 2005: the fact that Mr. Émond survived more than 31 months, i.e. 14 months without treatment and an additional 17 months with treatment, even though the life expectancy of patients diagnosed with stage III to stage IV lung cancer is 8 to 12 months. The failure to consider this highly important key evidence, which was in line with undisputed statistical data showing that 78 percent of patients fortuitously diagnosed with lung cancer — which was undeniably the case of Mr. Émond — are at stage I, also constitutes a palpable and overriding error.

[107] Third, as I said above, I agree with my colleague that no trial judge is automatically compelled to draw an inference as soon as certain criteria are met and that this process, instead, is a matter of weighing evidence. To say this, however, does not amount to immunizing the inference-drawing process from appellate scrutiny; in some circumstances, drawing an inference of causation or the failure to do so will constitute a palpable and overriding error. And, as this Court recognized in *H.L.*, at para. 4:

Like other appellate courts across the country, [an appellate court] may substitute its own view of the evidence and draw its own inferences of fact where the trial judge is shown to have committed a palpable and overriding error or made findings of fact that are clearly wrong, unreasonable or unsupported by the evidence. [Emphasis in original.]

The factual evidence before her undoubtedly led to a “serious, precise and concordant presumption” (art. 2849 of the *Civil Code*) that Mr. Émond’s cancer was not at stage III or higher in November 2005. In other words, in the case at bar, the inference-drawing process itself — the trial judge’s failure to draw a

du poumon et sa déclaration à propos d’opacités qu’il dit avoir constatées sur la radiographie de novembre 2005, dans les régions du hile *et du médiastin*. En ce faisant, la juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante.

[106] Deuxièmement, la juge de première instance a complètement ignoré, dans ses motifs, un élément de preuve essentiel relatif à l’état de santé de M. Émond en novembre 2005 : le fait qu’il ait survécu plus de 31 mois, soit 14 mois sans traitement et 17 autres mois avec traitements, alors que l’espérance de vie des patients atteints d’un cancer pulmonaire de stade III ou IV varie entre 8 et 12 mois. Le défaut de considérer ce très important élément de preuve clé, en ligne avec la donnée statistique non contestée à l’effet que 78 p. 100 des cancers pulmonaires découverts fortuitement — ce qui était incontestablement le cas de M. Émond — sont au stade I, constitue également une erreur manifeste et dominante.

[107] Troisièmement, je le répète, je suis d’accord avec mon collègue pour dire qu’aucun juge de première instance n’est tenu de tirer une inférence de causalité dès lors que certains facteurs sont réunis, et pour dire que cette décision doit résulter de l’appréciation de la preuve. Dire cela ne signifie cependant pas que le processus inférentiel lui-même est à l’abri de la révision en appel. Dans certaines circonstances, la décision de tirer ou non une inférence de causalité constituera une erreur manifeste et dominante. Et, comme cette Cour l’a reconnu dans *H.L.*, par. 4 :

À l’instar des autres cours d’appel du pays, [une cour d’appel] peut substituer sa propre appréciation de la preuve et tirer ses propres inférences de fait lorsqu’il est établi que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante ou tiré des conclusions de fait manifestement erronées, déraisonnables ou non étayées par la preuve. [Souligné dans l’original.]

La preuve des faits devant elle faisait assurément naître une présomption « grav[e], précis[e] et concordant[e] » (art. 2849 du *Code civil*) selon laquelle le cancer de M. Émond n’avait pas atteint le stade III ou un stade plus avancé en novembre 2005. Autrement dit, le processus inférentiel lui-même — la décision

negative inference and apply the relevant presumption — also amounts to a palpable and overriding error.

[108] While the majority and the minority of the Court of Appeal took different routes to conclude that the appeal should be allowed, both sets of reasons acknowledged and relied on these errors, which in my opinion are palpable and overriding. Indeed, they are obvious from a simple reading of the trial judge’s reasons. As Morissette J.A. put it in *J.G. v. Nadeau*, 2016 QCCA 167, at para. 77 (CanLII), these errors fall within the [TRANSLATION] “beam-in-the-eye” category as opposed to the “needle in a haystack” category.

[109] For these reasons, I am of the view that the appeal should be dismissed. I will now discuss each of these errors in more depth.

*A. The Trial Judge Misapprehended the Expert Evidence*

[110] The task of the trial judge in relation to the causation issue in this case was a limited one. The only thing she had to decide was whether the lung cancer of the deceased was at stage II or lower in November 2005. If it was, the plaintiff would have satisfied her burden of proof, since the deceased would likely have survived had he been diagnosed in a timely manner.

[111] It is not contested that it was impossible from a medical standpoint to confirm the exact stage of Mr. Émond’s cancer in November 2005 as a result of the defendants’ fault. As a matter of fact, the only way to stage his lung cancer would have been to diagnose him in a timely manner, i.e. in November 2005, which the defendants regrettably failed to do. The evidence the trial judge was left with to make a finding in this regard was: the X-ray taken in November 2005, which admittedly could not be the basis of a diagnosis; the results of the December 2006 CT scan and the January 2007 PET scan, which were indicative of the condition of the deceased in

de la juge de première instance de ne pas tirer une inférence défavorable et de ne pas appliquer la présomption qui s’imposait — constitue également une erreur manifeste et dominante.

[108] Bien que les juges majoritaires et le juge minoritaire de la Cour d’appel soient arrivés par des raisonnements différents à la conclusion que l’appel devait être accueilli, leurs motifs respectifs ont reconnu l’existence de ces erreurs et y ont trouvé appui. Il s’agit à mon avis d’erreurs manifestes et dominantes, évidentes à la lecture des motifs de la juge de première instance. Pour reprendre les propos du juge Morissette dans l’arrêt *J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167, par. 77 (CanLII), ces erreurs tiennent « de la poutre dans l’œil » et non « de l’aiguille dans une botte de foin ».

[109] Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi. Examinons chacune de ces erreurs de plus près.

*A. La juge de première instance a mal interprété la preuve d’expert*

[110] En l’espèce, le rôle de la juge de première instance à l’égard de la question de causalité était limité. Le seul point à trancher était celui de savoir si le cancer du poumon du défunt en était au plus au stade II en novembre 2005. Si c’était le cas, la demanderesse aurait acquitté son fardeau de preuve, étant donné que le défunt aurait probablement survécu s’il avait reçu un diagnostic à temps.

[111] Nul ne conteste que la faute commise par les défendeurs fait en sorte qu’il était impossible, du point de vue médical, de confirmer le stade exact du cancer de M. Émond en novembre 2005. En fait, un diagnostic en novembre 2005 — qui n’est malheureusement pas intervenu à ce moment — aurait été le seul moyen de déterminer le stade du cancer. Les autres éléments de preuve dont disposait la juge de première instance étaient les suivants : la radiographie de novembre 2005, laquelle ne peut fonder le diagnostic; les résultats du tomodensitogramme de décembre 2006 et de la tomographie par émission de positrons de janvier 2007,

December 2006 only; and the length of time it took for the disease to take Mr. Émond's life.

[112] Three experts testified on the basis of this evidence. The trial judge found that causation had not been proven. She preferred Dr. Ferraro's evidence to that of the plaintiff's experts, Drs. Agulnik and Langleben, for three reasons:

- Since lung cancer grows slowly, it was “impossible” for Mr. Émond's cancer to have progressed from stage I to stage IV in 12 months as the plaintiff suggested;
- Dr. Ferraro allegedly identified a shadow in the hilar *and mediastinal* regions on the November 2005 X-ray, which was consistent with cancer that had metastasized; and
- She considered the statistics showing that the majority of patients with lung cancer are diagnosed at an advanced stage of the disease.

[113] With regard to the first of these three elements, Dr. Ferraro never actually said that it was “impossible” for Mr. Émond's cancer to have progressed from stage I to stage IV in 12 months. What he actually said was that such a scenario was, according to him, [TRANSLATION] “possible but . . . unlikely” or “very very unlikely”. As noted by the trial judge, Dr. Ferraro also admitted that

[TRANSLATION] there is no medical literature that confirms that it is impossible for cancer to progress from stage I to stage IV in less than 12 months if it is not treated, since it would be unethical not to treat a patient with stage I lung cancer in order to assess the cancer's rate of progression. [para. 137 (CanLII)]

[114] Furthermore, Dr. Ferraro never said that lung cancer necessarily grows slowly. First, he acknowledged that this was not an absolute rule and that in the specific case of Mr. Émond, he did not know if his lung cancer actually grew slowly because it was diagnosed too late:

qui permettaient de connaître l'état de santé du défunt en décembre 2006 seulement; et le laps de temps écoulé avant que la maladie emporte M. Émond.

[112] Trois experts ont témoigné quant à ces éléments de preuve. La juge de première instance a conclu que la causalité n'avait pas été établie. Elle a préféré le témoignage du D<sup>r</sup> Ferraro à ceux des experts de la demanderesse, D<sup>rs</sup> Agulnik et Langleben, pour trois raisons :

- Le cancer pulmonaire évoluant lentement, il était « impossible » que le cancer de M. Émond passe d'un stade I à un stade IV en 12 mois, comme le fait valoir la demanderesse.
- D<sup>r</sup> Ferraro aurait constaté la présence d'opacités dans les régions du hile *et du médiastin* sur la radiographie de novembre 2005, ce qui concorde avec un cancer métastasé.
- Elle a considéré les statistiques démontrant que la majorité des cancers pulmonaires sont diagnostiqués à un stade avancé.

[113] Quant au premier de ces trois éléments, D<sup>r</sup> Ferraro n'a jamais dit qu'il était « impossible » que le cancer de M. Émond passe du stade I au stade IV en 12 mois. Il a dit qu'un tel scénario était, à son avis « possible mais [. . .] peu probable » ou « très, très peu probable ». Tel que noté par la juge de première instance, D<sup>r</sup> Ferraro a également admis ce qui suit :

. . . il n'existe aucune littérature médicale qui confirme qu'il est impossible qu'un cancer progresse d'un stade I à IV en moins de 12 mois lorsqu'il n'est pas traité, puisqu'il serait contraire à l'éthique de laisser un patient atteint d'un cancer du poumon stade I sans traitement pour permettre d'évaluer le rythme de progression du cancer. [par. 137 (CanLII)]

[114] Par ailleurs, D<sup>r</sup> Ferraro n'a jamais dit que l'évolution d'un cancer pulmonaire est nécessairement lente. Premièrement, il reconnaît qu'il ne s'agit pas d'une règle absolue et que, dans le cas précis de M. Émond, il ne sait pas si ce cancer pulmonaire avait évolué lentement vu que le diagnostic avait été posé trop tardivement :

[TRANSLATION]

A. As a general rule, lung cancer progresses slowly, as a general rule.

Q. And do you have objective proof that, that it progressed slowly in Mr. Émond's case, or is that an assumption on your part?

A. Um, the only way to assess how quickly it progresses, but when we talked about the natural history, and unfortunately we don't have the natural history in the, for the majority of patients, because we haven't observed the patient for five (5) years without treatment.

So it's an assumption, because we don't have a formal staging at the start and a formal staging at the end that, then, allows us to make a comparison. So we — what I'm saying is — it's an assumption. [Emphasis added; A.R., vol. III, at pp. 139-40.]

[115] With regard to the rate of progression of the disease, he also said that it often starts with a latent period followed by a period where the cancer becomes more aggressive. In fact, Dr. Ferraro's own expert report states that lung cancer progresses quickly:

[TRANSLATION] Generally speaking, when lung cancer is discovered in a patient, the long-term recovery rate is 10-15%. These poor results are caused by two main factors: (1) the cancer is already an advanced, stage III or IV, cancer at the time of the diagnosis; and (2) the cancer progresses quickly and spreads no matter what treatment is recommended (surgery vs. chemotherapy/radiation therapy vs. combined treatment). [Emphasis added; A.R., vol. VII, at p. 117.]

[116] The trial judge therefore misconstrued Dr. Ferraro's evidence regarding the rate of progression of lung cancer. She tried to supplement her finding that lung cancer progresses slowly, noting that [TRANSLATION] “the medical literature supports the view that the progression of lung cancer is slow, particularly in non-smoking patients” (para. 140; see also para. 152). However, this literature only supported the fact that lung cancer progresses more slowly in non-smoking patients than it does in smoking patients. It said nothing about the rate of progression of lung cancer *per se*; *relatively slower is not necessarily “slow”*.

R. Règle générale les cancers du poumon évoluent lentement, règle générale.

Q. Et est-ce que vous avez la preuve objective que, — que dans le cas de monsieur Émond ça progressait lentement ou est-ce que c'est une hypothèse que vous faites?

R. Euh! la seule façon d'évaluer la vitesse d'évolution, mais quand on a parlé de l'histoire naturelle, et malheureusement l'histoire naturelle dans la, — chez la majorité des patients on l'a pas parce qu'on n'a pas suivi le patient pendant cinq (5) ans sans traitement.

Fait que c'est des hypothèses parce que on n'a pas un staging formel au début puis un staging formel à la fin puis qui nous permet de comparer. Fait que ce qu'on, — ce que je dis c'est, — c'est hypothétique. [Je souligne; d.a., vol. III, p. 139-140.]

[115] À propos de l'évolution de la maladie, il a aussi ajouté qu'elle commence souvent par une phase de latence suivie d'une période pendant laquelle le cancer devient plus agressif. En fait, dans son rapport d'expert, D<sup>r</sup> Ferraro indique lui-même que l'évolution d'un cancer pulmonaire est rapide :

Globalement, lorsqu'un cancer du poumon est découvert chez un patient les taux de guérison sont de l'ordre de 10-15% à long terme. Ces pauvres résultats sont dus à deux facteurs principaux : 1) lors du diagnostic il s'agit déjà d'un cancer avancé de stade III ou IV; 2) le cancer progresse rapidement et se généralise peu importe le traitement préconisé (chirurgie vs chimiothérapie/radiothérapie vs traitement combiné). [Je souligne; d.a., vol. VII, p. 117.]

[116] La juge de première instance a donc mal interprété le témoignage du D<sup>r</sup> Ferraro à propos de la progression d'un cancer du poumon. Elle a tenté d'étayer sa conclusion selon laquelle le cancer pulmonaire évolue lentement en observant que « la littérature médicale confirme la thèse d'une progression lente du cancer du poumon particulièrement chez les patients non-fumeurs » (par. 140; voir également le par. 152). Or, cette littérature se limite à confirmer que l'évolution du cancer pulmonaire est plus lente chez les non-fumeurs que chez les fumeurs. Elle ne dit rien au sujet de l'évolution du cancer pulmonaire en soi; *relativement plus lent ne veut pas nécessairement dire « lent »*.

[117] As for the second of these elements, the trial judge’s statement that Dr. Ferraro identified a shadow in the hilar and mediastinal regions on the November 2005 X-ray is simply wrong. The identified shadow referred to by Dr. Ferraro throughout his expert report, evidence-in-chief, and cross-examination was a shadow in the *hilar* region only.

[118] For example, and contrary to what my colleague suggests, Dr. Ferraro always referred to [TRANSLATION] “a shadow” as opposed to “shadows” when discussing the 2005 X-ray:

[TRANSLATION]

Q. O.K. In your report, you give another reason: the review of the X-ray films.

A. Yes. When you look at the films, and obviously I — I looked at them in retrospect, I saw all the films. I had the report in mind, and in my hands, the report from the CT scan, so we knew there was stage 4 cancer. We knew there were biopsies that had proved it was stage 4 cancer, so we had proof that it was stage 4 cancer. And when you look at the X-ray in retrospect, well, you see that at the level of the pulmonary hilum, there’s a sort of mass. Yesterday we spoke of a prominence. It’s not obvious, I’m not a radiologist, it’s — I think it’s clear, it’s not obvious, but in retrospect, you can see it, the prominence.

From a prospective standpoint, I don’t know what a radiologist would have seen, um, I don’t know what I would have seen, and I’m saying this in all honesty. But in retrospect, knowing what was there one (1) year later, and looking at the series of X-rays, well, in December two thousand six (2006), it was evident at the level of the hilum, and when you go back and compare, you can see that yes indeed it was there. So in retrospect, since the X-ray, in retrospect it’s, by the way, it’s very very easy because you — you of course have the luxury of seeing the result twelve (12) months later, and when you compare, you say, oh yeah, it was there. [Emphasis added; A.R., vol. III, at pp. 74-75.]

[119] This point was reiterated during Dr. Ferraro’s cross-examination:

[117] Quant au deuxième élément, l’affirmation par la juge de première instance selon qui D<sup>r</sup> Ferraro aurait décelé la présence d’opacités dans les régions du hile et du médiastin sur la radiographie de novembre 2005 est tout simplement erronée. L’opacité à laquelle D<sup>r</sup> Ferraro a référé dans son rapport d’expert, dans son témoignage en chef et en contre-interrogatoire était une opacité dans la région du *hile* seulement.

[118] Par exemple, et contrairement à ce qu’affirme mon collègue, lorsque D<sup>r</sup> Ferraro mentionne la radiographie de 2005, il utilise toujours le terme « opacité » au singulier, et non au pluriel :

Q. O.K. Dans votre rapport vous invoquez une autre raison, soit la révision des films radiologiques.

R. Oui. Quand on regarde les films, et évidemment moi, j’ai, — j’ai regardé ces films-là de façon rétrospective, j’ai vu tous les films. J’avais en tête le rapport, et en main, le rapport du CT scan, donc on savait qu’il y avait un cancer de stade 4. On savait qu’il y avait des biopsies qui avaient prouvé que c’était un cancer de stade 4, donc on avait la preuve que c’était un cancer de stade 4. Et quand, de façon rétrospective on regarde la radiographie, bien! on constate que au niveau du hile pulmonaire, il y a une espèce de masse. Hier on a parlé de pro-éminence. C’est pas évident, je suis pas radiologiste ça c’est, — je pense que c’est clair, c’est pas évident, mais de façon rétrospective, on la voit la pro-éminence.

De façon prospective, je sais pas qu’est-ce qui un radiologiste aurait vu, euh! je sais pas ce que moi, j’aurais vu, puis ça je vous dis ça en toute honnêteté. Mais de façon rétrospective, en sachant ce qui est était là un (1) an après, puis quand on regarde la série des radiographies, bien! en décembre deux mille six (2006), au niveau du hile c’était évident, puis quand on recule puis on compare, on constate que, bien! oui, c’était là. Donc en rétrospective, puis la radiologie, en rétrospective c’est, en passant c’est très, très facile parce que on, — on a évidemment le luxe de voir le résultat douze (12) mois après puis on compare, on dit, ah! oui, c’était là. [Je souligne; d.a., vol. III, p. 74-75.]

[119] D<sup>r</sup> Ferraro reprend ce point lors de son contre-interrogatoire :

[TRANSLATION] . . . when you review the X-rays in retrospect and you see that there was already a nodal mass at the level of the hilum, near the mediastinum, well, when I put it all together, well, my hypothesis, eh! then I remain convinced that Mr. Émond unfortunately had stage 3 cancer when he came in. [Emphasis added; A.R., vol. III, at p. 139.]

[120] In his expert report, Dr. Ferraro makes no mention of the mediastinal region when discussing the ill-defined opacity on the 2005 X-ray:

[TRANSLATION] In the present case, when the pulmonary lesion was first identified (November 2005), it was most likely already at stage III or IV. There are two main arguments that support this hypothesis: First, a review of the X-ray films confirms the prominence of the right pulmonary hilum in November 2005, which would be consistent with lymph node metastases. [Emphasis added; A.R., vol. VII, at p. 117.]

[121] Only once, and only during his re-examination, did Dr. Ferraro refer to [TRANSLATION] “a mass at the level of the hilum and the mediastinum”.

[122] My reading of the record leads me to conclude that this last comment, made for the first time during his re-examination, was a mistake that should not be used to replace or supplant the whole of his report and his evidence. Dr. Ferraro was referring to a shadow only in the hilar region all along. Indeed, in light of the uniformly singular reference to the hilar region throughout Dr. Ferraro’s written report, examination-in-chief, and cross-examination, the only plausible reading of the record is that the reference to the mediastinal region was a mistake and that Dr. Ferraro was neither resiling from nor supplementing his consistent evidence of a shadow in the hilar region. The trial judge therefore also misconstrued the expert evidence by finding that Dr. Ferraro had identified a shadow in the hilar *and mediastinal* regions on the November 2005 X-ray.

[123] This is a troubling error. Indeed, experts from both sides explained in their respective testimonies that a shadow in the mediastinal region

. . . quand on révisé d’une façon rétrospective les radiographies puis on constate que il y a déjà une masse ganglionnaire au niveau du hile, près du médiastin, bien! quand je mets tout ça ensemble, bien! mon hypothèse, hein! puis je reste convaincu que monsieur Émond, malheureusement, avait un cancer de stade 3 quand il est arrivé. [Je souligne; d.a., vol. III, p. 139.]

[120] Dans son rapport d’expert, D<sup>r</sup> Ferraro ne dit rien au sujet de la région du médiastin lorsqu’il traite de l’opacité floue sur la radiographie de 2005 :

Dans le cas présent, lorsque la lésion pulmonaire a été identifiée pour la première fois (novembre 2005), il s’agissait fort probablement déjà d’une lésion de stade III ou IV. Il y a deux arguments principaux pour supporter cette hypothèse : Premièrement, la révision des films radiologiques confirme la proéminence du hile pulmonaire droit en novembre 2005 ce qui serait compatible avec la présence de métastases ganglionnaires. [Je souligne; d.a., vol. VII, p. 117.]

[121] À une seule occasion, et ce, seulement en réinterrogatoire, D<sup>r</sup> Ferraro parle d’« une masse au niveau du hile et du médiastin ».

[122] Ma lecture du dossier me porte à conclure que cette dernière remarque, faite pour la première fois en réinterrogatoire, était une erreur et ne doit pas être utilisée pour remplacer ou supplanter l’ensemble de son rapport et de son témoignage. À part cette remarque, D<sup>r</sup> Ferraro n’a toujours parlé que d’une opacité dans la région du hile. En effet, à la lumière du rapport du D<sup>r</sup> Ferraro, de son témoignage en chef et de son contre-interrogatoire, qui mentionnent seulement la région du hile, la seule lecture plausible de la preuve est que la mention du médiastin constituait une erreur et que D<sup>r</sup> Ferraro n’essayait ni de compléter ni de revenir sur sa déclaration, par ailleurs constante, qui faisait mention d’une opacité dans la région du hile. La juge de première instance a donc mal interprété la preuve d’expert en concluant que D<sup>r</sup> Ferraro avait constaté des opacités dans les régions du hile *et du médiastin* sur la radiographie de novembre 2005.

[123] Cette erreur est problématique. En effet, les experts des deux parties expliquent dans leurs témoignages respectifs qu’une opacité dans la région du

was consistent with cancer that had metastasized (stage III or more) while a shadow in the hilar region alone was consistent with stage I or II lung cancer. The trial judge accepted this evidence as a fact:

[TRANSLATION] All the medical experts who testified agreed on the definitions of the various stages of lung cancer. They described stage I lung cancer as being limited to a lesion on the lung. They recognized that, at stage II, the cancer has spread to the lymph nodes both in and outside the lung, including the hilar region. At stage III, the nodes have reached the level of the mediastinum. At stage IV, the cancer is generalized and has metastasized.

They agreed on the pattern of progression of a cancer, namely that the cancer cells start in the lung and then attack the lymph nodes before progressing to the hilum and then to the mediastinum. [Footnotes omitted; paras. 108-9.]

Accordingly, the trial judge's reliance on Dr. Ferraro's error in re-examination that the mediastinal region was also affected, led her to the conclusion that the cancer was at a later stage (Stage III or IV) in November 2005 (paras. 132-34). This finding amounts to a palpable and overriding error because it was not and could not reasonably be supported by the evidence.

[124] As for the third of the above elements, the fact that the vast majority of patients are diagnosed at an advanced stage of lung cancer does not take into account the context in which patients are diagnosed. The majority of the patients to whom Dr. Ferraro was referring in his testimony were consulting him *for diagnosis* and were not patients *for whom cancer is diagnosed fortuitously at a routine checkup*. Mr. Émond fell into the latter category, not the former. No one disputes that factual finding by the trial judge: paras. 59-60. The evidence that the majority of lung cancer patients are diagnosed at an advanced stage is of limited value because it says nothing about people who, like Mr. Émond, are diagnosed fortuitously. Instead, the statistical data that 78 percent of fortuitously discovered cancers are at

médiastin correspond à un cancer métastasé (stade III ou plus avancé), alors qu'une opacité dans la région du hile seulement correspond à un cancer pulmonaire de stade I ou II. La juge de première instance a tenu cette preuve pour avérée :

L'ensemble des médecins experts qui ont témoigné s'entendent sur la définition des différents stades du cancer du poumon. Ils décrivent le cancer du poumon de stade I comme se limitant à une lésion au poumon. En ce qui concerne le stade II, ils reconnaissent qu'il s'agit d'un cancer qui s'est propagé aux ganglions tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du poumon, notamment dans la région du hile. Au stade III, les ganglions ont atteint le niveau du médiastin. Au stade IV, le cancer est généralisé et s'accompagne de métastases.

Ils partagent le même avis à l'égard du schéma de progression du cancer, en ce que les cellules cancéreuses débutent au niveau du poumon, puis s'attaquent aux ganglions avant de progresser vers le hile puis vers le médiastin. [Notes en bas de page omises; par. 108-109.]

Ainsi, la remarque erronée de D<sup>r</sup> Ferraro dans son réinterrogatoire à l'effet que la région du médiastin était aussi affectée a mené la juge de première instance à conclure que le cancer était à un stage plus avancé (stade III ou IV) en novembre 2005 (par. 132-134). Il s'agit ici d'une erreur manifeste et dominante puisqu'elle n'est pas, et ne peut raisonnablement être, supportée par la preuve.

[124] Quant au troisième des éléments susmentionnés, le fait que la vaste majorité des cancers pulmonaires soient diagnostiqués à un stade avancé ne tient pas compte du contexte dans lequel ce diagnostic est posé. La majorité des patients que mentionne D<sup>r</sup> Ferraro dans son témoignage l'ont consulté *pour obtenir un diagnostic*; il ne s'agit pas de patients *dont le cancer est diagnostiqué fortuitement dans le cadre d'un bilan de santé*. M. Émond faisait partie de cette dernière catégorie, et non de la première. Nul ne conteste cette conclusion de fait tirée par la juge de première instance (par. 59-60). La preuve selon laquelle la majorité des cancers du poumon sont diagnostiqués à un stade avancé est d'une utilité limitée en ce sens qu'elle est muette à propos des cas, comme celui de M. Émond, où le

stage I is of greater probative value, as it is more specific to Mr. Émond's circumstances.

[125] In sum, the fact is that — as pointed out by the majority of the Court of Appeal — the whole of Dr. Ferraro's testimony was speculative: paras. 201-12. To treat speculations and hypotheticals as evidence, let alone as proven facts, the way the trial judge did, constitutes a further misapprehension of the evidence: *Martel*, at p. 750.

[126] In my respectful view, these misapprehensions of the evidence by the trial judge amount to a palpable and overriding error.

B. *The Trial Judge Omitted Key Objective Evidence*

[127] Additionally, the trial judge disregarded key objective evidence, namely the fact that the deceased survived more than 31 months — i.e. 14 months without treatment and an additional 17 months with treatment — even though the life expectancy of patients diagnosed with stage III to stage IV lung cancer is 8 to 12 months. This essential evidence was in line with the statistical data showing that 78 percent of patients fortuitously diagnosed with lung cancer — which was the case of Mr. Émond — have a stage I cancer. While statistical data should not be the sole basis for drawing (or not drawing) an inference or applying (or not applying) a presumption of fact, such statistical data may help to confirm the trial judge's factual determinations.

[128] Justice Fournier of the Court of Appeal properly dealt with the fact that Mr. Émond survived more than 14 months without treatment and an additional 17 months with treatment after the November 2005 X-ray:

[TRANSLATION] According to the plaintiffs' experts, it is possible for a person with stage IV cancer to survive

cancer est diagnostiqué fortuitement. En revanche, la donnée statistique selon laquelle 78 p. 100 des cancers découverts fortuitement en sont au stade I a plus de poids, étant plus spécifique à la situation de M. Émond.

[125] En somme, force est de constater — ainsi que l'ont souligné les juges majoritaires de la Cour d'appel — que l'ensemble du témoignage du D<sup>r</sup> Ferraro est conjectural (par. 201-212). Traiter les conjectures et les hypothèses comme des éléments de preuve, avérés de surcroît, à l'instar de la juge de première instance, constitue également une mauvaise appréciation de la preuve (*Martel*, p. 750).

[126] À mon avis, la mauvaise appréciation de la preuve par la juge de première instance constitue une erreur manifeste et dominante.

B. *La juge de première instance a fait abstraction ou ignoré de la preuve objective clé*

[127] En outre, la juge de première instance n'a pas tenu compte d'un élément clé de preuve objective : le fait que le défunt ait survécu plus de 31 mois — soit 14 mois sans traitement et 17 mois avec traitements — alors que l'espérance de vie pour les patients atteints d'un cancer pulmonaire de stade III ou IV varie entre 8 et 12 mois. Cet élément essentiel du dossier concorde avec la donnée statistique selon laquelle 78 p. 100 des cancers pulmonaires découverts fortuitement — comme celui de M. Émond — en sont au stade I. Bien que les données statistiques à elles seules ne puissent fonder la décision de tirer (ou non) l'inférence ou d'appliquer (ou non) une présomption de fait, ces données statistiques peuvent toutefois aider à confirmer les conclusions de fait du juge de première instance.

[128] Le juge Fournier de la Cour d'appel a bien apprécié le fait que M. Émond ait survécu, après la radiographie de novembre 2005, pendant plus de 14 mois sans traitement et 17 mois avec traitements :

Selon les experts de la demande, il est possible pour une personne atteinte d'un cancer de stade IV de survivre

17 months while being treated, as the treatment has the effect of slowing the cancer. As Dr. Langleben clearly explained, if Marc Émond's cancer was at stage IV in January 2007, the length of time he survived was average: "I'm sorry to say this, he died exactly on schedule".

Dr. Langleben also expressed the opinion that, if Marc Émond's cancer had been at an advanced stage in November 2005, he would have died within the year or, at least, he would not have been able to bike thousands of kilometres in the summer of 2007. Dr. Agulnik, an expert in oncology, expressed the same opinion: patients with stage IV cancer who receive no treatment live for less than 12 months.

On the second point, I do not think it can be said that the fact that Marc Émond was in good health accounts for a slow progression of the disease, especially in the period before he began chemotherapy. In the instant case, Dr. Langleben explained, rather, that a stage IV cancer patient who is in excellent health will survive about 8 months. He added that chemotherapy can extend the patient's life by 6 months or so and that some people live for an additional period of up to 4 months. In Marc Émond's case, he should have survived 14 to 18 months from the start of stage IV of the disease.

But if we accept the defence's theory, Marc Émond survived nearly 30 months although he had advanced cancer and received no treatment for the first 13 months. There is nothing in the evidence to suggest that living for such a long time with advanced cancer is likely, especially with such a delay in treatment.

The three physicians agreed that cancer that has progressed to stage III or IV is fatal within twelve months if untreated and that palliative chemotherapy may extend the patient's life by a few months. I mentioned this above.

The evidence also shows that Marc Émond was not treated between November 2005 and January 2007.

Therefore, in accordance with the unanimous opinion of the physicians and in all probability, Marc Émond

17 mois avec des traitements, car les traitements ont pour effet de ralentir le cancer. Comme l'explique bien le docteur Langleben, si le cancer de Marc Émond était rendu à un stade IV en janvier 2007, la durée de sa survie se situerait dans la moyenne : « *I'm sorry to say this, he died exactly on schedule* ».

En outre, le docteur Langleben exprime l'avis que si Marc Émond était atteint d'un cancer de stade avancé en novembre 2005, il serait décédé dans l'année, ou du moins, il n'aurait pu parcourir des milliers de kilomètres à bicyclette à l'été 2007. Le docteur Agulnik, expert en oncologie, exprime le même avis : les patients atteints d'un cancer de stade IV et qui ne reçoivent aucun traitement vivent moins de 12 mois.

Pour le deuxième élément, je ne crois pas qu'on puisse dire que la bonne santé de Marc Émond explique une progression lente de la maladie, surtout pour la période avant le début des traitements de chimiothérapie. En l'espèce, le docteur Langleben explique plutôt que la survie d'un patient atteint d'un cancer de stade IV et qui est en excellente santé est d'environ 8 mois. Il ajoute qu'avec des traitements de chimiothérapie, la vie peut être prolongée d'environ 6 mois et que certaines personnes vivent une période supplémentaire allant jusqu'à 4 mois. Dans le cas de Marc Émond, sa survie devrait être de 14 à 18 mois à partir du début du stade IV de la maladie.

Or, si on retient la thèse de la défense, Marc Émond aurait survécu près de 30 mois, alors atteint d'un stade avancé du cancer et n'ayant reçu aucun traitement pendant les 13 premiers mois. Rien dans la preuve ne permet de croire qu'il est probable de vivre aussi longtemps d'un cancer de stade avancé, surtout lorsqu'il existe un tel délai dans le traitement.

Les trois médecins s'entendent pour dire qu'un cancer qui a évolué aux stades III ou IV est fatal à douze mois s'il n'est pas traité et qu'un traitement de chimiothérapie palliative pourra prolonger la vie du patient de quelques mois. J'en ai fait mention précédemment.

La preuve révèle également que Marc Émond n'a subi aucun traitement entre novembre 2005 et janvier 2007.

Selon donc l'opinion unanime des médecins et selon toute probabilité, Marc Émond serait mort au moment où

would have been dead by the time the biopsies confirming that his cancer was at stage IV were performed.

on lui fait les biopsies qui confirment que son cancer en est à un stade IV.

Marc Émond died 31 months later, on June 6, 2008. It is unlikely that he would have survived for 31 months in the circumstances described in the evidence and the expert assessments. I find on a balance of probabilities that the possibility that Marc Émond had stage III or IV cancer must be ruled out, which shows, on the same balance of probabilities, that he had stage I or II cancer in November 2005. [paras. 73-93]

Marc Émond est décédé 31 mois plus tard, soit le 6 juin 2008. La durée de sa survie de 31 mois, dans les conditions décrites par la preuve et les expertises, est improbable. Je retiens que, sur une balance de probabilité, on doit exclure que Marc Émond était atteint d'un cancer de stade III ou IV, ce qui démontre, selon la même balance de probabilité, qu'il était atteint, en novembre 2005, d'un cancer de stade I ou II. [par. 73-93]

[129] I agree with this reasoning.

[129] Je fais mien son raisonnement.

[130] As for the supporting statistical data disregarded by the trial judge, again, experts from both sides testified that 78 percent of patients fortuitously diagnosed with lung cancer have a stage I cancer. According to Dr. Langleben, a solitary pulmonary nodule discovered fortuitously will be a stage I cancer 80 percent of the time. Dr. Ferraro's own evidence was that [TRANSLATION] "as a general rule, if it's discovered fortuitously, it's at an earlier stage". We know from his testimony that "stage I cancers are early cancers". The trial judge consequently accepted this statistic as a finding of fact:

[130] La juge de première instance a fait fi d'une autre donnée statistique concordante, à savoir que les experts des deux parties ont déclaré que 78 p. 100 des cancers pulmonaires découverts de manière fortuite en sont au stade I. Selon D<sup>r</sup> Langleben, un nodule pulmonaire unique découvert de manière fortuite se révélera, dans 80 p. 100 des cas, un cancer de stade I. Selon D<sup>r</sup> Ferraro lui-même, « règle générale, si c'est découvert fortuitement, c'est un stade plus précoce ». Son témoignage nous apprend que « les stades I c'est les cancers précoces ». La juge de première instance a donc tenu cette donnée pour un fait avéré :

[TRANSLATION] All the experts agreed that, as a general rule, only 10 to 15% of lung cancer patients manage to survive beyond the pivotal five-year period, after which they are considered cured.

Tous les experts se sont entendus pour dire que globalement, seulement 10 à 15% des patients atteints du cancer du poumon réussissent à survivre au-delà de la période charnière de cinq ans, au-delà de laquelle ils sont considérés guéris.

They stated that this low percentage can be explained by the fact that more than 75% of all cancers are diagnosed at an advanced stage and are incurable by the time they are discovered, although they acknowledged that 78% of cancers that are detected fortuitously are stage I cancers. . . . [paras. 118-19]

Ils expliquent ce faible pourcentage par le fait que plus de 75% des cancers sont diagnostiqués à un stade avancé et ne peuvent être guéris à compter du moment de la découverte, même s'ils reconnaissent que 78% des cancers décelés de manière fortuite s'avèrent des cancers de stade I. . . . [par. 118-119]

[131] In my opinion, the trial judge's disregard of the key objective evidence, which was supported by uncontested statistical data, also amounts to a palpable and overriding error.

[131] À mon avis, la juge de première instance, en faisant fi de l'élément clé de preuve objective ci-dessus, étayé par des données statistiques non contestées, a également commis une erreur manifeste et dominante.

C. *The Trial Judge Should Have Drawn a Negative Inference by Applying a Presumption Under the Civil Code*

[132] In light of these errors, it was the role of the Court of Appeal to intervene and reweigh the evidence. After doing so, the three judges of the Court of Appeal rightly concluded that, had the trial judge disregarded the speculations on which Dr. Ferraro’s testimony was based, and had she taken into account Mr. Émond’s survival period, an indisputable fact supported by the undisputed statistical data indicating that 78 percent of the patients diagnosed fortuitously are at an early stage, she would have drawn an inference of causation.

[133] The plaintiff did not have to prove that it was impossible for the cancer of the deceased to be at stage III or IV. She had only to prove that Mr. Émond’s lung cancer was likely at stage I or II in November 2005, which she did.

[134] In my opinion, the fact that Mr. Émond survived 31 months after the November 2005 X-ray — which is entirely inconsistent with the life expectancy of stage III and IV lung cancer patients — supported by the undisputed statistical data indicating that 78 percent of patients fortuitously diagnosed with lung cancer, as he was, are at stage I, should have led, in light of the highly speculative opposing evidence, to a “serious, precise and concordant” presumption that he was not at stage III or higher in November 2005: art. 2849 of the *Civil Code*. It was a palpable and overriding error not to draw such a presumption.

#### IV. Conclusion

[135] For all these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal allowed with costs, ABELLA, CÔTÉ and BROWN JJ. dissenting.*

C. *La juge de première instance aurait dû tirer une inférence défavorable en appliquant la présomption de fait prévue au Code civil*

[132] Vu ces erreurs, il appartenait à la Cour d’appel d’intervenir et d’apprécier à nouveau la preuve. Les trois juges de la Cour d’appel ont conclu à bon droit que si la juge de première instance n’avait pas tenu compte des conjectures sur lesquelles reposait le témoignage du D<sup>r</sup> Ferraro, et avait tenu compte de la période de survie de M. Émond, un fait incontesté étayé par la donnée statistique non contestée selon laquelle 78 p. 100 des cancers diagnostiqués de manière fortuite en sont à un stade précoce, elle aurait tiré une inférence de causalité.

[133] La demanderesse n’était pas tenue de prouver qu’il était impossible que le cancer du défunt en ait été au stade III ou IV. Elle devait uniquement prouver que le cancer de M. Émond en était probablement au stade I ou II en novembre 2005, et c’est ce qu’elle a fait.

[134] À mon avis, le fait que M. Émond ait survécu 31 mois après la radiographie de novembre 2005 — ce qui ne correspond aucunement à l’espérance de vie d’un patient atteint d’un cancer pulmonaire de stade III ou IV — étayé par une donnée statistique non contestée selon laquelle 78 p. 100 des cancers pulmonaires diagnostiqués de manière fortuite, comme dans le cas de M. Émond, en sont au stade I, aurait dû, vu la nature éminemment conjecturale de la preuve contraire, résulter en l’application d’une présomption « grav[e], précis[e] et concordant[e] » que le cancer n’avait pas atteint le stade III ou un stade plus avancé en novembre 2005 (art. 2849 du *Code civil*). En n’appliquant pas une telle présomption, la juge a commis une erreur manifeste et dominante.

#### IV. Conclusion

[135] Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi accueilli avec dépens, les juges ABELLA, CÔTÉ et BROWN sont dissidents.*

*Solicitors for the appellants: McCarthy Tétrault,  
Montréal.*

*Procureurs des appelants : McCarthy Tétrault,  
Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Kugler Kandestin,  
Montréal.*

*Procureurs de l'intimée : Kugler Kandestin,  
Montréal.*

**British Columbia Teachers' Federation, on behalf of all members of the British Columbia Teachers' Federation** *Appellant*

v.

**Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of Manitoba, Attorney General of Saskatchewan, Centrale des syndicats du Québec, Canadian Labour Congress, Canadian Association of Counsel to Employers, National Union of Public and General Employees, Public Service Alliance of Canada, Professional Institute of the Public Service of Canada, Association of Canadian Financial Officers, Association of Justice Counsel, Canadian Association of Professional Employees and Coalition of Ontario Teacher Affiliates** *Interveners*

**INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA TEACHERS' FEDERATION v. BRITISH COLUMBIA**

**2016 SCC 49**

File No.: 36500.

2016: November 10.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA**

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Right to collective bargaining — Province adopting legislation nullifying certain terms of public school teachers' collective agreement and preventing*

**British Columbia Teachers' Federation, au nom de tous les membres de la British Columbia Teachers' Federation** *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique** *Intimée*

et

**Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureure générale du Québec, procureur général du Manitoba, procureur général de la Saskatchewan, Centrale des syndicats du Québec, Congrès du travail du Canada, Association canadienne des avocats d'employeurs, National Union of Public and General Employees, Alliance de la fonction publique du Canada, Institut professionnel de la fonction publique du Canada, Association canadienne des agents financiers, Association des juristes de justice, Association canadienne des employés professionnels et Coalition of Ontario Teacher Affiliates** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : BRITISH COLUMBIA TEACHERS' FEDERATION c. COLOMBIE-BRITANNIQUE**

**2016 CSC 49**

N° du greffe : 36500.

2016 : 10 novembre.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Droit de négocier collectivement — Adoption par la province de dispositions législatives annulant certaines modalités de la convention collective*

*similar terms from being renegotiated or included in collective agreement until specific date — Prior to adoption of legislation, teachers consulted by province and collective bargaining taking place but no agreement reached — Teachers challenging constitutionality of legislation — Trial judge declaring legislation unconstitutional for infringing teachers' freedom of association and finding that province failed to consult in good faith — Majority of Court of Appeal allowing appeal, holding that legislation constitutional since consultations and collective bargaining leading up to legislation afforded teachers meaningful process in which to advance their collective aspirations, and that province consulted in good faith — Dissenting judge concluding that trial judge's finding that legislation unconstitutional must be upheld, that trial judge made no appealable error in finding that province did not consult in good faith, and that infringement of freedom of association not justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d) — Education Improvement Act, S.B.C. 2012, c. 3.*

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Bauman C.J.B.C. and Donald, Newbury, Saunders and Harris JJ.A.), 2015 BCCA 184, 71 B.C.L.R. (5th) 223, 371 B.C.A.C. 204, 636 W.A.C. 204, 384 D.L.R. (4th) 385, 338 C.R.R. (2d) 270, 2015 CLLC ¶220-044, [2015] 9 W.W.R. 211, [2015] B.C.J. No. 825 (QL), 2015 CarswellBC 1113 (WL Can.), setting aside a decision of Griffin J., 2014 BCSC 121, 54 B.C.L.R. (5th) 286, 299 C.R.R. (2d) 106, 2014 CLLC ¶220-019, [2014] 3 W.W.R. 672, [2014] B.C.J. No. 91 (QL), 2014 CarswellBC 182 (WL Can.). Appeal allowed, Côté and Brown JJ. dissenting.

*John Rogers, Q.C., Diane MacDonald, Michael Sobkin and Steven Rogers, for the appellant.*

*Karen A. Horsman, Q.C., Eva L. Ross and Keith Evans, for the respondent.*

*des enseignants des écoles publiques et empêchant jusqu'à une date précise la renégociation de modalités similaires ou l'intégration de telles modalités dans la convention collective — Consultations des enseignants menées par la province et tenue de négociations collectives avant l'adoption des dispositions législatives sans qu'une entente intervienne — Contestation par les enseignants de la constitutionnalité des dispositions législatives — Décision de la juge du procès déclarant les dispositions législatives inconstitutionnelles parce qu'atentatoires à la liberté d'association des enseignants et concluant à l'absence de consultations de bonne foi par la province — Décision des juges majoritaires de la Cour d'appel accueillant l'appel et concluant d'une part à la constitutionnalité des dispositions législatives au motif que les consultations et négociations collectives ayant précédé l'adoption des mesures législatives ont constitué pour les enseignants un processus véritable leur permettant de faire valoir leurs aspirations collectives, et d'autre part à la tenue de consultations de bonne foi par la province — Décision du juge dissident portant que la conclusion de la juge du procès selon laquelle les dispositions législatives sont inconstitutionnelles doit être confirmée, que la conclusion de cette dernière selon laquelle la province n'a pas consulté de bonne foi les intéressés n'est entachée d'aucune erreur susceptible d'appel et que l'atteinte au droit d'association n'est pas justifiable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d) — Education Improvement Act, S.B.C. 2012, c. 3.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Bauman et les juges Donald, Newbury, Saunders et Harris), 2015 BCCA 184, 71 B.C.L.R. (5th) 223, 371 B.C.A.C. 204, 636 W.A.C. 204, 384 D.L.R. (4th) 385, 338 C.R.R. (2d) 270, 2015 CLLC ¶220-044, [2015] 9 W.W.R. 211, [2015] B.C.J. No. 825 (QL), 2015 CarswellBC 1113 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la juge Griffin, 2014 BCSC 121, 54 B.C.L.R. (5th) 286, 299 C.R.R. (2d) 106, 2014 CLLC ¶220-019, [2014] 3 W.W.R. 672, [2014] B.C.J. No. 91 (QL), 2014 CarswellBC 182 (WL Can.). Pourvoi accueilli, les juges Côté et Brown sont dissidents.

*John Rogers, c.r., Diane MacDonald, Michael Sobkin et Steven Rogers, pour l'appelante.*

*Karen A. Horsman, c.r., Eva L. Ross et Keith Evans, pour l'intimée.*

*Kathryn Hucal*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Robin K. Basu, Rochelle S. Fox and Michael S. Dunn*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Written submissions only by *Caroline Renaud* and *Gabrielle Saint-Martin Deaudelin*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Deborah Carlson*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*Barbara Mysko*, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

*Matthew Gapmann, Claudine Morin and Nathalie Léger*, for the intervener Centrale des syndicats du Québec.

*Steven Barrett and Ethan Poskanzer*, for the intervener the Canadian Labour Congress.

*Donald J. Jordan, Q.C., and Jeffrey W. Beedell*, for the intervener the Canadian Association of Counsel to Employers.

*Paul Champ and Bijon Roy*, for the intervener the National Union of Public and General Employees.

*Andrew Astritis and Andrew Raven*, for the intervener the Public Service Alliance of Canada.

*Colleen Bauman and Peter Engelmann*, for the interveners the Professional Institute of the Public Service of Canada et al.

*Paul J. J. Cavalluzzo and Adrienne Telford*, for the intervener the Coalition of Ontario Teacher Affiliates.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — The majority of the Court would allow the appeal, substantially for the

*Kathryn Hucal*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Robin K. Basu, Rochelle S. Fox et Michael S. Dunn*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Caroline Renaud* et *Gabrielle Saint-Martin Deaudelin*, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

*Deborah Carlson*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*Barbara Mysko*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Matthew Gapmann, Claudine Morin et Nathalie Léger*, pour l'intervenante la Centrale des syndicats du Québec.

*Steven Barrett et Ethan Poskanzer*, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

*Donald J. Jordan, c.r., et Jeffrey W. Beedell*, pour l'intervenante l'Association canadienne des avocats d'employeurs.

*Paul Champ et Bijon Roy*, pour l'intervenant National Union of Public and General Employees.

*Andrew Astritis et Andrew Raven*, pour l'intervenante l'Alliance de la fonction publique du Canada.

*Colleen Bauman et Peter Engelmann*, pour les intervenants l'Institut professionnel de la fonction publique du Canada et autres.

*Paul J. J. Cavalluzzo et Adrienne Telford*, pour l'intervenante Coalition of Ontario Teacher Affiliates.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — À la majorité, la Cour est d'avis d'accueillir l'appel, essentiellement pour

reasons of Justice Donald. Justices Côté and Brown would dissent and dismiss the appeal, substantially for the reasons of the majority in the Court of Appeal.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: British Columbia Teachers' Federation, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.*

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

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.*

*Solicitors for the intervener Centrale des syndicats du Québec: Barabé Casavant, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Goldblatt Partners, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Association of Counsel to Employers: Harris & Company, Vancouver; Gowling WLG (Canada) Inc., Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the National Union of Public and General Employees: Champ and Associates, Ottawa.*

les motifs du juge Donald. Les juges Côté et Brown sont dissidents et rejetteraient le pourvoi, principalement pour les motifs exposés par les juges majoritaires de la Cour d'appel.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelante : British Columbia Teachers' Federation, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.*

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

*Procureur de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

*Procureurs de l'intervenante la Centrale des syndicats du Québec : Barabé Casavant, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Goldblatt Partners, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats d'employeurs : Harris & Company, Vancouver; Gowling WLG (Canada) Inc., Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant National Union of Public and General Employees : Champ and Associates, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Public Service Alliance of Canada: Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.*

*Solicitors for the interveners the Professional Institute of the Public Service of Canada et al.: Goldblatt Partners, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Coalition of Ontario Teacher Affiliates: Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Alliance de la fonction publique du Canada : Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.*

*Procureurs des intervenants l'Institut professionnel de la fonction publique du Canada et autres : Goldblatt Partners, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante Coalition of Ontario Teacher Affiliates : Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto.*

**Royal Bank of Canada** *Appellant*

v.

**Phat Trang, Phuong Trang a.k.a. Phuong Thi Trang and Bank of Nova Scotia** *Respondents*

**INDEXED AS: ROYAL BANK OF CANADA v. TRANG**

**2016 SCC 50**

File No.: 36296.

2016: April 27; 2016: November 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Privacy — Disclosure of personal information — Disclosure without knowledge or consent — Exceptions — Compliance with court order — Implied consent — Judgment creditor sought to enforce judgment obtained against debtors by selling their home — Sheriff refused to sell house without mortgage discharge statement from mortgagee — Mortgagee refused to produce discharge statement on ground that Personal Information Protection and Electronic Documents Act precluded disclosure — Whether Act precludes mortgagee from disclosing mortgage discharge statement to judgment creditor without mortgagor/debtor’s consent — Whether order sought by judgment creditor constitutes “order made by a court” pursuant to s. 7(3)(c) of Act — Whether debtors impliedly consented to disclosure of mortgage discharge statement — Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5, s. 7(3)(c), Sch. 1, cl. 4.3.6.*

The Royal Bank of Canada (“RBC”) is a judgment creditor of Phat and Phuong Trang (“debtors”) and seeks a sheriff’s sale of the debtors’ property, for which the sheriff requires a mortgage discharge statement. RBC has been unable to obtain the statement from the debtors and thus brought a motion to compel the Bank of Nova Scotia (“Scotiabank”), the debtors’ mortgagee, to produce the mortgage discharge statement. RBC’s motion

**Banque Royale du Canada** *Appelante*

c.

**Phat Trang, Phuong Trang alias Phuong Thi Trang et Banque de Nouvelle-Écosse** *Intimés*

**RÉPERTORIÉ : BANQUE ROYALE DU CANADA c. TRANG**

**2016 CSC 50**

N° du greffe : 36296.

2016 : 27 avril; 2016 : 17 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ONTARIO

*Protection des renseignements personnels — Communication de renseignements personnels — Communication à l’insu de l’intéressé ou sans son consentement — Exceptions — Respect d’une ordonnance judiciaire — Consentement implicite — Demande du créancier d’un jugement de faire exécuter le jugement obtenu contre les débiteurs en vendant leur maison — Refus du shérif de vendre la maison sans l’état de mainlevée de l’hypothèque du créancier hypothécaire — Refus du créancier hypothécaire de produire l’état de mainlevée de l’hypothèque pour le motif que la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques interdit la communication — La Loi interdit-elle au créancier hypothécaire de communiquer l’état de mainlevée de l’hypothèque au créancier d’un jugement sans le consentement du débiteur hypothécaire ou du débiteur? — L’ordonnance sollicitée par le créancier d’un jugement constitue-t-elle une « ordonnance d’un tribunal » au sens de l’art. 7(3)c) de la Loi? — Les débiteurs ont-ils implicitement consenti à la communication de l’état de mainlevée d’hypothèque? — Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, c. 5, art. 7(3)c), ann. 1, art. 4.3.6.*

Banque Royale du Canada (« RBC ») est créancière d’un jugement contre Phat et Phuong Trang (les « débiteurs ») et elle sollicite la vente par shérif de leur propriété, à l’égard de laquelle le shérif exige un état de mainlevée d’hypothèque. Comme elle n’a pas été en mesure d’obtenir des débiteurs l’état de mainlevée en question, RBC a présenté une requête visant à obliger Banque de Nouvelle-Écosse (« Banque Scotia »), la créancière

was dismissed and the majority of the Court of Appeal upheld the motion judge's decision.

*Held:* The appeal should be allowed. Scotiabank is ordered to produce the mortgage discharge statement to RBC.

The *Personal Information Protection and Electronic Documents Act* (“*PIPEDA*”) governs the collection, use and disclosure of personal information by organizations in the course of commercial activities. In general, *PIPEDA* prohibits organizations from disclosing personal information without the knowledge and consent of the affected individual. There are a number of exceptions for which the requirement for knowledge and consent are not necessary for disclosure including where disclosure is “required to comply with . . . an order made by a court” (s. 7(3)(c)).

An order requiring disclosure can be made by a court if either the debtor fails to respond to a written request that he or she sign a form consenting to the provision of the mortgage discharge statement to the creditor, or fails to attend a single judgment debtor examination. A creditor who has already obtained a judgment, filed a writ of seizure and sale, and completed one of the two above-mentioned steps has proven its claim and provided notice. Provided the judgment creditor serves the debtor with the motion to obtain disclosure, the creditor should be entitled to an order for disclosure. A judgment creditor in such a situation should not be required to undergo a cumbersome and costly procedure to realize its debt.

In this case, the order sought by RBC constitutes an “order made by a court” under s. 7(3)(c) of *PIPEDA* and Scotiabank should be ordered to disclose the mortgage discharge statement to RBC. *PIPEDA* does not interfere with the court's ability to make orders. The motion judge had the power under either the Ontario *Rules of Civil Procedure* or the inherent jurisdiction of the court to order disclosure. The mere fact that the relevant rule number was not pled is not fatal here. It would be overly formalistic and detrimental to access to justice to conclude that RBC must make yet another application, this time specifying the particular rule of procedure, to obtain the order it seeks. It is clear that this is a case in which it was appropriate to make an order for disclosure.

hypothécaire des débiteurs, à produire l'état de mainlevée d'hypothèque. La requête de RBC a été rejetée et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont maintenu la décision du juge des requêtes.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli. Il est ordonné à Banque Scotia de communiquer l'état de mainlevée d'hypothèque à RBC.

La *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (« *LPRPDE* ») régit la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels par des organisations dans le cadre d'activités commerciales. De façon générale, la *LPRPDE* interdit aux organisations de communiquer des renseignements personnels sans la connaissance et le consentement de l'intéressé. Un certain nombre de situations, dans lesquelles la connaissance et le consentement ne sont pas requis pour qu'il y ait communication, font exception, notamment lorsque la communication est « exigée par [. . .] ordonnance d'un tribunal » (al. 7(3)c)).

Une cour peut rendre une ordonnance exigeant la communication si le débiteur ne répond pas à une demande qui lui est faite par écrit de signer un formulaire de consentement à la fourniture de l'état de mainlevée d'hypothèque au créancier, ou s'il ne se présente pas à un simple interrogatoire du débiteur judiciaire. Le créancier qui a déjà obtenu un jugement, produit un bref de saisie-exécution et accompli l'une ou l'autre des démarches susmentionnées a établi l'existence de sa créance et donné l'avis requis. Une ordonnance de communication devrait être accordée au créancier d'un jugement qui a signifié la requête en communication au débiteur. Le créancier d'un jugement se trouvant dans une telle situation ne devrait pas avoir à entamer une procédure lourde et coûteuse pour réaliser sa créance.

En l'espèce, l'ordonnance sollicitée par RBC constitue une « ordonnance d'un tribunal » au sens de l'al. 7(3)c) de la *LPRPDE*, et il devrait être ordonné à Banque Scotia de communiquer l'état de mainlevée d'hypothèque à RBC. La *LPRPDE* ne limite pas le pouvoir de la cour de rendre des ordonnances. Les *Règles de procédure civile* de l'Ontario ou la compétence inhérente de la cour autorisaient le juge des requêtes à ordonner la communication. Le simple fait que le numéro de l'article pertinent des *Règles* n'ait pas été plaidé ne porte pas un coup fatal à la demande. Il serait indûment formaliste et préjudiciable à l'accès à la justice de conclure que RBC doit présenter une autre demande, cette fois en invoquant spécifiquement l'article des *Règles*, pour obtenir l'ordonnance demandée. Il ne fait aucun doute qu'il s'agit d'une affaire dans laquelle il était approprié de rendre une ordonnance de communication.

Furthermore, Sch. 1, cl. 4.3.6 of *PIPEDA* acknowledges that consent to disclosure for the purposes of the statute can be implied when the information is “less sensitive”. The sensitivity of financial information must be assessed in the context of the related financial information already in the public domain, the purpose served by making the related information public, and the nature of the relationship between the mortgagor, mortgagee, and directly affected third parties. The legitimate business interests of other creditors are a relevant part of the context which informs the reasonable expectations of the mortgagor. Also relevant is the identity of the party seeking disclosure and its purpose for doing so. A mortgage discharge statement is not something that is merely a private matter between the mortgagee and mortgagor, but rather is something on which the rights of others depends, and accordingly is something they have a right to know. The current balance of a mortgage is a snapshot at a point in time in the life of a publicly disclosed mortgage. The state of account between a mortgagor and mortgagee affects more than just the relationship between them — it also affects other creditors. In the context at bar, the information at issue is less sensitive than other financial information. A reasonable mortgagor would be aware that the financial details of their mortgage were publicly registered on title, and that default on a debt could result in a judgment empowering the sheriff to seize and sell the mortgaged property. A reasonable mortgagor would know that a judgment creditor in such circumstances has a legal right to obtain disclosure of the mortgage discharge statement through examination or by bringing a motion. A reasonable person borrowing money knows that if he defaults on a loan, his creditor will be entitled to recover the debt against his assets. It follows that a reasonable person expects that a creditor will be able to obtain the information necessary to realize on his legal rights.

In the present case, RBC in obtaining a writ of seizure and sale, and filing it with the sheriff, makes operational the consent to disclosure given by the debtors concurrent with their giving a mortgage to Scotiabank. Consent for the purpose of assisting a sheriff in executing a writ of seizure and sale was implicitly given at the time the mortgage was given. Here, the debtors consented to disclosure. As a result, Scotiabank is not precluded by

Par ailleurs, l’art. 4.3.6 de l’ann. 1 de la *LPRPDE* reconnaît que, pour l’application de la loi, le consentement à la communication peut être implicite lorsque les renseignements sont « moins sensibles ». Pour évaluer le caractère sensible de renseignements financiers, il faut tenir compte des renseignements financiers connexes qui sont déjà du domaine public, de la raison pour laquelle les renseignements financiers sont rendus publics et de la nature de la relation entre le débiteur hypothécaire, le créancier hypothécaire et les tiers directement touchés. Les intérêts opérationnels légitimes des autres créanciers constituent un élément pertinent du contexte devant être pris en compte pour apprécier les attentes raisonnables du débiteur hypothécaire. L’identité de la partie qui sollicite la communication et les fins auxquelles elle le fait sont aussi d’autres aspects à prendre en compte. Un état de mainlevée d’hypothèque n’est pas simplement un élément de nature privée entre le créancier hypothécaire et le débiteur hypothécaire, mais plutôt un élément sur lequel reposent les droits appartenant à des tiers, que ceux-ci sont donc en droit de connaître. Le solde actuel d’une hypothèque indique ce qu’il en est à un moment précis d’une hypothèque faisant déjà partie du domaine public. L’état de compte visant le débiteur hypothécaire et le créancier hypothécaire a une incidence non seulement à l’égard de ces derniers — il a aussi une incidence sur d’autres créanciers. Dans la présente affaire, l’information recherchée est moins sensible que d’autres informations financières. Un débiteur hypothécaire raisonnable saurait que les détails de son hypothèque sont enregistrés contre le titre dans les registres publics, et que le défaut de rembourser un prêt pourrait donner lieu à un jugement autorisant le shérif à saisir et à vendre la propriété hypothéquée. Un débiteur hypothécaire raisonnable saurait que, dans de telles circonstances, le créancier d’un jugement a le droit d’obtenir la communication de l’état de mainlevée de l’hypothèque dans le cadre d’un interrogatoire ou par suite de la présentation d’une requête. Une personne raisonnable qui emprunte de l’argent sait qu’en cas de défaut de paiement, son créancier sera en droit de recouvrer sa créance sur ses biens. Il s’ensuit qu’une personne raisonnable s’attend à ce qu’un créancier soit en mesure d’obtenir les renseignements nécessaires pour exercer son droit de procéder à la réalisation.

En l’espèce, RBC, par l’obtention d’un bref de saisie-exécution suivie de sa production auprès du shérif, donne effet au consentement à la communication donné par les débiteurs au moment où ils ont consenti une hypothèque à Banque Scotia. Le consentement visant à aider le shérif à donner suite à un bref de saisie-exécution a été donné implicitement au moment où l’hypothèque a été consentie. Dans la présente affaire, les débiteurs ont

PIPEDA from disclosing the mortgage discharge statement to RBC.

### Cases Cited

**Overruled:** *Citi Cards Canada Inc. v. Pleasance*, 2011 ONCA 3, 103 O.R. (3d) 241; **referred to:** *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *Toronto (City) (Re)*, 2000 CanLII 21004; *Barker v. Leeson* (1882), 1 O.R. 114; *Grand Trunk Pacific Railway Co. v. Dearborn* (1919), 58 S.C.R. 315; *Tournier v. National Provincial and Union Bank of England*, [1924] 1 K.B. 461; *PIPEDA Report of Findings No. 2014-013, Re*, 2014 CarswellNat 6605 (WL Can.); *PIPEDA Case Summary No. 2009-003, Re*, 2009 CarswellNat 6206 (WL Can.); *PIPEDA Case Summary No. 311, Re*, 2005 CarswellNat 6734 (WL Can.).

### Statutes and Regulations Cited

*Execution Act*, R.S.O. 1990, c. E.24, ss. 2(2), 9(1), 28(3).  
*Land Registration Reform Act*, R.S.O. 1990, c. L.4, s. 3(1).  
 O. Reg. 19/99, s. 6.  
 O. Reg. 657/05, s. 1(2) [am. 289/15, s. 1].  
*Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5, Part 1, ss. 3, 4(1)(a), 5(1), 7(3), Sch. 1, cls. 4.3, 4.3.1, 4.3.2, 4.3.5, 4.3.6.  
 R.R.O. 1990, Reg. 688, s. 2(2).  
*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 34.10, 60.18(6).

### Authors Cited

Austin, Lisa M. “Reviewing PIPEDA: Control, Privacy and the Limits of Fair Information Practices” (2006), 44 *Can. Bus. L.J.* 21.  
 Charnetski, William, Patrick Flaherty and Jeremy Robinson. *The Personal Information Protection and Electronic Documents Act: A Comprehensive Guide*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2001.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Hoy A.C.J.O. and Laskin, Sharpe, Cronk

consenti à la communication. La LPRPDE n’empêche donc pas Banque Scotia de communiquer l’état de mainlevée d’hypothèque à RBC.

### Jurisprudence

**Arrêt rejeté :** *Citi Cards Canada Inc. c. Pleasance*, 2011 ONCA 3, 103 O.R. (3d) 241; **arrêts mentionnés :** *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *Toronto (City) (Re)*, 2000 CanLII 21004; *Barker c. Leeson* (1882), 1 O.R. 114; *Grand Trunk Pacific Railway Co. c. Dearborn* (1919), 58 R.C.S. 315; *Tournier c. National Provincial and Union Bank of England*, [1924] 1 K.B. 461; *Rapport de conclusions en vertu de la LPRPDE n° 2014-013* (<https://www.priv.gc.ca/fr/mesures-et-decisions-prises-par-le-commissariat/enquetes/enquetes-visant-les-entreprises/2014/lprpde-2014-013/>); *Résumé de conclusions d’enquête en vertu de la LPRPDE n° 2009-003* (<https://www.priv.gc.ca/fr/mesures-et-decisions-prises-par-le-commissariat/enquetes/enquetes-visant-les-entreprises/2009/lprpde-2009-003/>); *Résumé de conclusions d’enquête en vertu de la LPRPDE n° 2005-311* (<https://www.priv.gc.ca/fr/mesures-et-decisions-prises-par-le-commissariat/enquetes/enquetes-visant-les-entreprises/2005/lprpde-2005-311/>).

### Lois et règlements cités

*Loi portant réforme de l’enregistrement immobilier*, L.R.O. 1990, c. L.4, art. 3(1).  
*Loi sur l’exécution forcée*, L.R.O. 1990, c. E.24, art. 2(2), 9(1), 28(3).  
*Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5, partie 1, art. 3, 4(1)(a), 5(1), 7(3), ann. 1, art. 4.3, 4.3.1, 4.3.2, 4.3.5, 4.3.6.  
 Règl. de l’Ont. 19/99, art. 6.  
 Règl. de l’Ont. 657/05, art. 1(2) [mod. 289/15, art. 1].  
*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 34.10, 60.18(6).  
 R.R.O. 1990, Règl. 688, art. 2(2).

### Doctrine et autres documents cités

Austin, Lisa M. « Reviewing PIPEDA : Control, Privacy and the Limits of Fair Information Practices » (2006), 44 *Rev. can. dr. comm.* 21.  
 Charnetski, William, Patrick Flaherty and Jeremy Robinson. *The Personal Information Protection and Electronic Documents Act : A Comprehensive Guide*, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2001.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (la juge en chef adjointe Hoy et les juges

and Blair J.J.A.), 2014 ONCA 883, 123 O.R. (3d) 401, 379 D.L.R. (4th) 601, 327 O.A.C. 199, [2014] O.J. No. 5873 (QL), 2014 CarswellOnt 17254 (WL Can.), affirming a decision of Gray J., 2013 ONSC 4198, [2013] O.J. No. 2806 (QL), 2013 CarswellOnt 8164 (WL Can.). Appeal allowed.

*Peter W. Hogg, Q.C., Catherine Beagan Flood, Pamela Huff and Nickolas Tzoulas, for the appellant.*

No one appeared for the respondents.

*Barbara McIsaac, Q.C., and Kate Wilson, for the amicus curiae.*

The judgment of the Court was delivered by

[1] CÔTÉ J. — This appeal raises the issue of the proper interpretation of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 (“*PIPEDA*”). The Royal Bank of Canada (“RBC”) is a judgment creditor of Phat Trang and Phuong Trang (the “Trangs”) and seeks a sheriff’s sale of the Trangs’ property, for which the sheriff requires a mortgage discharge statement. RBC has been unable to obtain the statement from the Trangs and thus brought a motion to compel the Bank of Nova Scotia (“Scotiabank”), the Trangs’ mortgagee, to produce the mortgage discharge statement. The Trangs and Scotiabank are not involved in the present appeal, and counsel for the Privacy Commissioner of Canada (“Privacy Commissioner”) have been appointed *amicus curiae*.

[2] *PIPEDA* governs the collection, use and disclosure of personal information by organizations in the course of commercial activities (s. 4(1)(a)). In general, *PIPEDA* prohibits organizations from disclosing “personal information” without the knowledge and consent of the affected individual (see Sch. 1, cl. 4.3). There are a number of exceptions for which the requirement for knowledge and consent are not necessary for disclosure including where disclosure

Laskin, Sharpe, Cronk et Blair), 2014 ONCA 883, 123 O.R. (3d) 401, 379 D.L.R. (4th) 601, 327 O.A.C. 199, [2014] O.J. No. 5873 (QL), 2014 CarswellOnt 17254 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Gray, 2013 ONSC 4198, [2013] O.J. No. 2806 (QL), 2013 CarswellOnt 8164 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

*Peter W. Hogg, c.r., Catherine Beagan Flood, Pamela Huff et Nickolas Tzoulas, pour l’appelante.*

Personne n’a comparu pour les intimés.

*Barbara McIsaac, c.r., et Kate Wilson, pour l’amicus curiae.*

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE CÔTÉ — Le présent pourvoi porte sur l’interprétation de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5 (« *LPRPDE* »). Banque Royale du Canada (« RBC ») est créancière d’un jugement contre Phat Trang et Phuong Trang (les « Trang ») et elle sollicite la vente par shérif de leur propriété, à l’égard de laquelle le shérif exige un état de mainlevée d’hypothèque. Comme elle n’a pas été en mesure d’obtenir des Trang l’état de mainlevée en question, RBC a présenté une requête visant à obliger Banque de Nouvelle-Écosse (« Banque Scotia »), la créancière hypothécaire des Trang, à produire l’état de mainlevée d’hypothèque. Les Trang et Banque Scotia ne participent pas au présent pourvoi, et les avocats du Commissaire à la protection de la vie privée du Canada (« Commissaire ») ont été nommés *amicus curiae*.

[2] La *LPRPDE* régit la collecte, l’utilisation et la communication de renseignements personnels par des organisations dans le cadre d’activités commerciales (al. 4(1)a)). De façon générale, la *LPRPDE* interdit aux organisations de communiquer des « renseignements personnels » sans la connaissance et le consentement de l’intéressé (voir l’ann. 1, art. 4.3). Un certain nombre de situations, dans lesquelles la connaissance et le consentement ne sont

is “for the purpose of collecting a debt owed by the individual to the organization” (s. 7(3)(b)), “required to comply with . . . an order made by a court” (s. 7(3)(c)), or “required by law” (s. 7(3)(i)). At issue is whether, in light of *PIPEDA*, Scotiabank is precluded from disclosing the mortgage discharge statement to RBC without the Trangs’ consent.

[3] I would allow the appeal and order Scotiabank to produce the mortgage discharge statement to RBC. I find, as Hoy A.C.J.O. did, that there are two bases for allowing this appeal. First, disclosure is required to comply with an order made by a court. Second, the Trangs impliedly consented to disclosure in the circumstances of this case. While it is not essential to have both of these bases to dispose of the appeal, both are present in this case, and each one of them, on its own, would suffice to dispose of this case.

#### I. Facts

[4] In April 2008, RBC loaned the Trangs approximately \$35,000. The Trangs defaulted on the loan and on December 17, 2010, RBC obtained a judgment against the Trangs for \$26,122.76 plus interest and costs.

[5] The Trangs own property in Toronto. Scotiabank holds the first mortgage on the property, which was initially for \$262,500. In order to collect on its judgment, RBC filed a writ of seizure and sale with the sheriff in Toronto, which permits the sheriff to sell the Trangs’ property pursuant to the *Execution Act*, R.S.O. 1990, c. E.24, s. 9(1):

9. (1) The sheriff to whom a writ of execution against lands is delivered for execution may seize and sell thereunder the lands of the execution debtor, including any lands whereof any other person is seized or possessed in

pas requis pour qu’il y ait communication, font exception, notamment lorsque la communication est faite « en vue du recouvrement d’une créance que [l’organisation] a contre l’intéressé » (al. 7(3)(b)), lorsqu’elle est « exigée par [. . .] ordonnance d’un tribunal » (al. 7(3)(c)) ou lorsqu’elle est « exigée par la loi » (al. 7(3)(i)). Il s’agit de déterminer si la *LPRPDE* interdit à Banque Scotia de communiquer l’état de mainlevée d’hypothèque à RBC sans le consentement des Trangs.

[3] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et d’ordonner à Banque Scotia de communiquer l’état de mainlevée d’hypothèque à RBC. Je conclus, tout comme la juge en chef adjointe Hoy, que le pourvoi doit être accueilli pour deux raisons. Premièrement, la communication est requise pour respecter une ordonnance du tribunal. Deuxièmement, les Trangs ont implicitement consenti à la communication dans les circonstances de l’espèce. Bien que la présence de ces deux motifs ne soit pas essentielle pour trancher le présent pourvoi, ils sont effectivement présents, et chacun suffirait à lui seul pour disposer du pourvoi.

#### I. Faits

[4] En avril 2008, RBC a prêté environ 35 000 \$ aux Trangs. Ceux-ci ont fait défaut de rembourser le prêt et le 17 décembre 2010, RBC a obtenu contre eux un jugement au montant de 26 122,76 \$ avec intérêts et dépens.

[5] Les Trangs sont propriétaires d’un immeuble à Toronto. Banque Scotia détient l’hypothèque de premier rang sur l’immeuble, laquelle garantissait initialement le remboursement d’une somme de 262 500 \$. Afin d’exécuter le jugement rendu en sa faveur, RBC a produit un bref de saisie-exécution auprès du shérif à Toronto, permettant à ce dernier de vendre l’immeuble des Trangs conformément à la *Loi sur l’exécution forcée*, L.R.O. 1990, c. E.24, par. 9(1) :

9. (1) Le bref d’exécution forcée visant des biens-fonds, remis au shérif aux fins d’exécution forcée, permet à celui-ci de saisir et de vendre les biens-fonds du débiteur saisi, y compris tout bien-fonds dont une autre

trust for the execution debtor and including any interest of the execution debtor in lands held in joint tenancy.

[6] The sheriff, however, refused to sell the property without first obtaining a mortgage discharge statement from Scotiabank. Section 28(3) of the *Execution Act* provides that where land is subject to a mortgage, “[t]he equity of redemption in freehold land is saleable under an execution . . . subject to the mortgage”. In addition, s. 2(2) of the *Execution Act* states that “[t]he principal residence of a debtor is exempt from forced seizure or sale . . . if the value of the debtor’s equity . . . does not exceed the prescribed amount”. Although s. 2(2) of the *Execution Act* has been in force since October 25, 2010, the exemption amount (\$10,000) has only been prescribed since December 1, 2015 (O. Reg. 657/05, s. 1(2), am. O. Reg. 289/15, s. 1), and therefore does not apply in the present case. The mortgage discharge statement is necessary for the sheriff to know Scotiabank’s interest in the property, and to ascertain the rights as between Scotiabank and RBC.

[7] In an attempt to obtain the mortgage discharge statement, RBC served the Trangs with notices of examination in aid of execution, scheduled for April 5, 2011. The Trangs did not appear. On November 15, 2011, RBC requested the mortgage discharge statement from Scotiabank. Scotiabank refused to provide the statement on the basis that *PIPEDA* precluded it from doing so without the Trangs’ consent. RBC then obtained an order for a second examination in aid of execution, scheduled for February 17, 2012. The Trangs again did not appear. In May 2012, RBC sought an order compelling Scotiabank to produce the mortgage discharge statement.

[8] The issue on appeal generally only arises when a prior mortgage is in good standing, but a subsequent mortgagee or judgment creditor seeks to sell

personne est saisie ou a la possession en qualité de fiduciaire pour le compte du débiteur saisi, ainsi que tout intérêt de ce dernier sur des biens-fonds détenus en copropriété avec gain de survie.

[6] Le shérif a toutefois refusé de vendre l’immeuble sans avoir au préalable obtenu de Banque Scotia un état de mainlevée d’hypothèque. Le paragraphe 28(3) de la *Loi sur l’exécution forcée* dispose que lorsqu’un bien-fonds fait l’objet d’une hypothèque, « [s]ous réserve de l’hypothèque, le droit de rachat des biens-fonds en tenure franche peut être vendu aux termes d’une exécution forcée ». De plus, selon le par. 2(2) de la *Loi sur l’exécution forcée*, « [l]a résidence principale du débiteur est exempte de saisie ou de vente forcée [. . .], si la valeur nette que le débiteur y détient ne dépasse pas la somme prescrite ». Bien que le par. 2(2) de la *Loi sur l’exécution forcée* soit en vigueur depuis le 25 octobre 2010, ce n’est que depuis le 1<sup>er</sup> décembre 2015 que la somme de 10 000 \$ est prescrite aux fins d’exemption (Règl. de l’Ont. 657/05, par. 1(2), mod. Règl. de l’Ont. 289/15, art. 1), de sorte qu’il ne s’applique pas en l’espèce. L’état de mainlevée d’hypothèque est nécessaire afin que le shérif puisse connaître la valeur de l’intérêt de Banque Scotia dans l’immeuble et qu’il puisse départager les droits de Banque Scotia et de RBC.

[7] Dans le but d’obtenir l’état de mainlevée d’hypothèque, RBC a signifié aux Trangs des avis d’interrogatoire préalable à la saisie-exécution, prévus pour le 5 avril 2011. Les Trangs ne se sont pas présentés aux interrogatoires. Le 15 novembre 2011, RBC a demandé l’état de mainlevée d’hypothèque à Banque Scotia. Cette dernière a refusé de le fournir au motif que la *LPRPDE* lui interdisait de le faire sans le consentement des Trangs. RBC a par la suite obtenu une ordonnance pour la tenue, le 17 février 2012, d’un deuxième interrogatoire préalable à la saisie-exécution et cette fois encore, les Trangs ne se sont pas présentés. En mai 2012, RBC sollicitait une ordonnance afin d’obliger Banque Scotia à produire l’état de mainlevée d’hypothèque.

[8] La question soulevée en appel ne se pose généralement que dans les cas où il n’y a pas défaut de paiement relativement à une hypothèque consentie

the property. Where the prior mortgage is not in good standing, that mortgagee would take its own enforcement proceedings.

## II. Background Proceedings

### A. *Ontario Superior Court of Justice, 2012 ONSC 3272, 92 C.B.R. (5th) 144*

[9] The motion judge denied RBC's motion on the basis that the Ontario Court of Appeal's decision in *Citi Cards Canada Inc. v. Pleasance*, 2011 ONCA 3, 103 O.R. (3d) 241, was binding, and prevented him from ordering Scotiabank to produce the mortgage discharge statement to RBC.

[10] In *Citi Cards*, a creditor similarly sought disclosure of mortgage discharge statements from mortgagees in order to enforce a judgment through a sheriff's sale of the debtor's home. The Ontario Court of Appeal held that a mortgage discharge statement was "personal information" for the purposes of *PIPEDA* and that none of the exceptions in s. 7(3) applied. Regarding the s. 7(3)(c) exception, where disclosure is required to comply with an order of the court, the Court of Appeal essentially concluded that it would be circular to find that s. 7(3)(c) was itself a source of authority to make an order for disclosure. The court further concluded that the s. 7(3)(i) exception, which applies when disclosure is "required by law", only applies when the organization (here Scotiabank) is required by law to disclose information, which it concluded was not the case.

[11] Following *Citi Cards*, the motion judge denied RBC's motion. In *obiter*, however, the judge questioned the result. He observed that provision of mortgage discharge statements between banks in these circumstances was formerly commonplace, and he questioned whether Parliament intended to protect

antérieurement, mais qu'un créancier hypothécaire subséquent ou un créancier d'un jugement cherche à faire vendre l'immeuble hypothéqué. En effet, en cas d'un défaut de paiement relativement à l'hypothèque consentie antérieurement, le créancier hypothécaire qui la détient engagerait sa propre procédure d'exécution.

## II. Contexte et procédures antérieures

### A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario, 2012 ONSC 3272, 92 C.B.R. (5th) 144*

[9] Le juge des requêtes a rejeté la requête de RBC au motif que l'arrêt rendu par Cour d'appel de l'Ontario dans *Citi Cards Canada Inc. c. Pleasance*, 2011 ONCA 3, 103 O.R. (3d) 241, liait la cour et l'empêchait d'ordonner à Banque Scotia de communiquer à RBC l'état de mainlevée d'hypothèque.

[10] Dans *Citi Cards*, un créancier a, de façon similaire, demandé à des créanciers hypothécaires la communication des états de mainlevée d'hypothèques en vue de faire vendre par shérif la maison du débiteur dans le cadre de l'exécution d'un jugement. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'un état de mainlevée d'hypothèque était un « renseignement personnel » au sens de la *LPRPDE* et qu'aucune des exceptions figurant au par. 7(3) ne s'appliquait. En ce qui concerne l'exception prévue à l'al. 7(3)(c), soit lorsque la communication est exigée pour respecter une ordonnance d'un tribunal, la Cour d'appel a pour l'essentiel conclu que ce n'est qu'en adoptant un raisonnement circulaire qu'il serait possible de conclure que l'al. 7(3)(c) pouvait autoriser une ordonnance de communication. La cour a en outre conclu que l'exception prévue à l'al. 7(3)(i), relative à la communication « exigée par la loi », ne s'applique que lorsque la loi exige que l'organisation (Banque Scotia en l'espèce) communique le renseignement, ce qui, selon elle, n'était pas le cas dans cette affaire.

[11] Le juge des requêtes a suivi l'arrêt *Citi Cards* et a rejeté la requête de RBC. Toutefois, en *obiter*, le juge a émis des doutes au sujet de cette conclusion. Il a fait remarquer que la fourniture d'états de mainlevée d'hypothèques entre banques dans de telles circonstances était par le passé pratique courante, et

debtors by preventing judgment creditors from realizing on their court judgments.

B. *Court of Appeal for Ontario, 2012 ONCA 902, 97 C.B.R. (5th) 52*

[12] The Court of Appeal quashed the appeal of the first motion on the ground that the motion judge's order was interlocutory because it did not finally dispose of the question whether RBC could obtain an order compelling Scotiabank to provide the mortgage statement. It was determined that RBC could seek to examine a Scotiabank representative.

C. *Ontario Superior Court of Justice, 2013 ONSC 4198*

[13] On a second motion to compel Scotiabank to produce the mortgage statement, following RBC's unproductive examination of a Scotiabank representative, the same motion judge again dismissed the motion. The motion judge indicated that he remained of the view that *PIPEDA*, as interpreted in *Citi Cards*, prohibited the release of the requested information.

D. *Ontario Court of Appeal, 2014 ONCA 883, 123 O.R. (3d) 401*

(1) Majority Reasons (per Laskin J.A.)

[14] The majority of the Court of Appeal upheld the motion judge's decision on the second motion. It concluded that a mortgage discharge statement is "personal information" for the purposes of *PIPEDA*, and that the Trangs did not impliedly consent to disclosure of the mortgage discharge statement. It declined to overrule *Citi Cards* and observed that the exceptions for disclosure ordered by a court (under s. 7(3)(c)) and required by law (under s. 7(3)(i)) did not apply in this case.

il s'est demandé si le législateur avait vraiment voulu protéger les débiteurs, en empêchant les créanciers de jugements d'exécuter les jugements prononcés en leur faveur.

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2014 ONCA 902, 97 C.B.R. (5th) 52*

[12] La Cour d'appel a rejeté l'appel relatif à la première requête en raison du caractère interlocutoire de l'ordonnance du juge des requêtes. En effet, pour elle, l'ordonnance ne disposait pas de manière définitive de la question de savoir si RBC pouvait obtenir une ordonnance prescrivant à Banque Scotia de produire l'état de mainlevée d'hypothèque. Il a été jugé que RBC pouvait tenter d'interroger au préalable un représentant de Banque Scotia.

C. *Cour supérieure de justice de l'Ontario, 2013 ONSC 4198*

[13] Après l'interrogatoire préalable infructueux d'un représentant de Banque Scotia par RBC, une deuxième requête a été présentée afin qu'il soit ordonné à Banque Scotia de produire l'état de mainlevée d'hypothèque. Le même juge des requêtes a de nouveau rejeté la requête et indiqué qu'il était encore d'avis que la *LPRPDE*, tel qu'elle a été interprétée dans *Citi Cards*, interdisait la production du document en cause.

D. *Cour d'appel de l'Ontario, 2014 ONCA 883, 123 O.R. (3d) 401*

(1) Les motifs des juges majoritaires (le juge Laskin)

[14] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont maintenu la décision du juge des requêtes quant à la deuxième requête. Ils ont conclu qu'un état de mainlevée d'hypothèque est un « renseignement personnel » au sens de la *LPRPDE* et que les Trangs n'avaient pas implicitement consenti à la communication de l'état de mainlevée d'hypothèque. Ils ont refusé d'écarter l'arrêt *Citi Cards* et ils ont fait remarquer que les exceptions ayant trait à la communication ordonnée par un tribunal (al. 7(3)c)) et à celle exigée par la loi (al. 7(3)i)) ne s'appliquaient pas en l'espèce.

[15] The majority observed that RBC could obtain the mortgage discharge statement in two ways. First, with foresight, RBC could have obtained the Trangs' consent to disclosure by a term in its loan agreement. Second, RBC could apply for a motion under rule 60.18(6)(a) of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, to get an order for the examination of a representative of Scotiabank. Under rules 34.10(2)(b) and 34.10(3), Scotiabank would be required to bring the mortgage discharge statement to the examination. Such an order would satisfy the exemption in s. 7(3)(c) of *PIPEDA* because it would be made on the basis of a separate authority, namely the *Rules of Civil Procedure* which would not cause the "circular" reasoning described in *Citi Cards*.

(2) Dissenting Reasons (per Hoy A.C.J.O.)

[16] Hoy A.C.J.O. would have allowed the appeal on two grounds. First, she would not require RBC to bring yet another motion to obtain disclosure of the statement. In her view, an order need not be sought under rule 60.18(6) to constitute "an order made by a court" within the meaning of s. 7(3)(c) of *PIPEDA*. Given that the effect of a motion under rule 60.18(6) is that the mortgagee is required to produce the discharge statement, it is immaterial whether the judgment creditor purports to move under that rule or (as here) simply asks the court for an order requiring disclosure. Further, Hoy A.C.J.O. held that where a party seeks an examination of a mortgagee under rule 60.18(6)(a) to obtain a discharge statement, a motion judge can exercise less caution than for examinations of other persons for other purposes. She would have overruled *Citi Cards*.

[15] Les juges majoritaires ont signalé que deux possibilités s'offraient à RBC pour obtenir l'état de mainlevée d'hypothèque. Premièrement, si elle avait été prévoyante, RBC aurait pu obtenir des Trangs leur consentement à la communication en insérant une clause en ce sens dans la convention de prêt. Deuxièmement, RBC pouvait présenter une requête en vertu de l'al. 60.18(6)a des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, en vue d'obtenir une ordonnance prescrivant l'interrogatoire d'un représentant de Banque Scotia. Aux termes de l'al. 34.10(2)b et du par. 34.10(3), Banque Scotia aurait été tenue d'apporter l'état de mainlevée d'hypothèque lors de l'interrogatoire. Une telle ordonnance se situerait dans le cadre de l'exception prévue à l'al. 7(3)c de la *LPRPDE* parce qu'elle serait rendue sur le fondement d'une autre loi, à savoir les *Règles de procédure civile*, ce qui n'impliquerait pas l'adoption du raisonnement « circulaire » décrit dans *Citi Cards*.

(2) Motifs dissidents (la juge en chef adjointe Hoy)

[16] La juge en chef adjointe Hoy aurait accueilli l'appel pour deux motifs. En premier lieu, elle n'exigerait pas que RBC présente une autre requête en vue d'obtenir la communication de l'état de mainlevée. Selon elle, il n'est pas nécessaire de solliciter une ordonnance en application du par. 60.18(6) pour qu'il existe une « ordonnance d'un tribunal » au sens de l'al. 7(3)c de la *LPRPDE*. Étant donné qu'une requête fondée sur le par. 60.18(6) a pour effet d'obliger le créancier hypothécaire à produire l'état de mainlevée, il importe peu que le créancier du jugement prétende se fonder sur cette règle ou (comme en l'espèce) qu'il demande simplement à la cour de rendre une ordonnance exigeant la communication. De plus, la juge Hoy a conclu que lorsqu'une partie sollicite de la cour une ordonnance prescrivant l'interrogatoire d'un créancier hypothécaire en application de l'al. 60.18(6)a des *Règles* en vue d'obtenir un état de mainlevée, le juge des requêtes n'est pas requis d'exercer la même prudence que s'il s'agissait de l'interrogatoire d'autres personnes à d'autres fins. Elle aurait écarté *Citi Cards*.

[17] Second, Hoy A.C.J.O. concluded that the Trangs impliedly consented to disclosure because the mortgage discharge statement is “less sensitive” information under cl. 4.3.6 of Sch. 1 to *PIPEDA*, and a mortgagor would reasonably expect that his or her mortgagee would be entitled to provide a mortgage discharge statement in this case.

### III. Issues

[18] The issue on appeal is whether *PIPEDA* precludes a mortgagee, Scotiabank, from producing a mortgage discharge statement to a judgment creditor, RBC, without the mortgagor’s express consent. More specifically, the issues are as follows:

1. Does the order sought by RBC constitute an “order made by a court” under s. 7(3)(c) of *PIPEDA*?
2. Did the Trangs impliedly consent to disclosure of the mortgage discharge statement?

### IV. Submissions of the Parties

#### A. *RBC’s Submissions*

[19] RBC argues that the Trangs impliedly consented to disclosure since the mortgage discharge statement is “less sensitive” information, and the reasonable expectations of the Trangs cannot be properly assessed without considering who the recipient of the information is and the purpose for which they seek it. RBC further argues that the order it seeks against Scotiabank is an “order made by a court” under s. 7(3)(c) of *PIPEDA* since the court’s inherent jurisdiction allows it to order disclosure of the statement. RBC also argues that disclosure was “required by law” under s. 7(3)(i) of *PIPEDA*, and that disclosure is permitted because Scotiabank was “collecting a debt” under s. 7(3)(b).

[17] En deuxième lieu, la juge Hoy a conclu que les Trang avaient donné leur consentement implicite à la communication parce que l’état de mainlevée d’hypothèque est un renseignement « moins sensible » au sens de l’art. 4.3.6 de l’ann. 1 de la *LPRPDE*, et qu’un débiteur hypothécaire s’attendrait raisonnablement à ce que son créancier hypothécaire puisse fournir un état de mainlevée d’hypothèque dans les circonstances de l’espèce.

### III. Questions en litige

[18] Le pourvoi soulève la question de savoir si la *LPRPDE* interdit à un créancier hypothécaire, en l’occurrence Banque Scotia, de produire un état de mainlevée d’hypothèque au créancier d’un jugement, en l’occurrence RBC, sans le consentement explicite du débiteur hypothécaire. Plus précisément, les questions auxquelles il faut répondre sont les suivantes :

1. L’ordonnance sollicitée par RBC constitue-t-elle une « ordonnance d’un tribunal » au sens de l’al. 7(3)c) de la *LPRPDE*?
2. Les Trang ont-ils implicitement consenti à la communication de l’état de mainlevée d’hypothèque?

### IV. Arguments des parties

#### A. *Arguments de RBC*

[19] RBC plaide que les Trang ont implicitement consenti à la communication étant donné que l’état de mainlevée d’hypothèque est un renseignement « moins sensible », et qu’on ne peut, pour évaluer les attentes raisonnables des Trang, faire abstraction de celui qui reçoit les renseignements et des fins auxquelles ils sont demandés. RBC soutient de plus que l’ordonnance qu’elle sollicite contre Banque Scotia est une « ordonnance d’un tribunal » au sens de l’al. 7(3)c) de la *LPRPDE* étant donné que la cour a le pouvoir inhérent d’ordonner la communication de l’état de mainlevée. RBC soutient aussi que la communication était « exigée par la loi » au sens de l’al. 7(3)i) de la *LPRPDE*, et que la communication est permise parce que Banque Scotia procédait au « recouvrement d’une créance » au sens de l’al. 7(3)b).

### B. *Privacy Commissioner's Submissions*

[20] The Privacy Commissioner submits that the order sought by RBC does not meet the exception in s. 7(3)(c) of *PIPEDA*. While a creditor may bring a motion under rules 60.18(6) and 34.10 against the mortgagee to compel production, in the present case, RBC made no reference to rule 60.18(6)(a) in its motions seeking production of the discharge statement.

[21] The Privacy Commissioner further submits that the Trangs did not impliedly consent to disclosure. Mortgage discharge statements contain sensitive personal financial information. In addition, disclosure by the mortgagee to a judgment creditor is not within a mortgagor's reasonable expectations, which are assessed based solely on the mortgagor-mortgagee relationship. The Privacy Commissioner also contends that the disclosure was not "required by law" under s. 7(3)(i) of *PIPEDA*, and was not for the purpose of "collecting a debt" under s. 7(3)(b).

## V. Analysis

### A. *Overview*

[22] As already noted, *PIPEDA* is a federal statute that establishes rules governing the collection, use and disclosure of personal information by organizations in the course of commercial activities (s. 4(1)(a)). In brief, it is "consumer protection legislation for the digital economy" (W. Charnetski, P. Flaherty and J. Robinson, *The Personal Information Protection and Electronic Documents Act: A Comprehensive Guide* (2001), at p. 2). The purpose of Part 1 of *PIPEDA* ("Protection of Personal Information in the Private Sector") is stated as follows in s. 3:

### B. *Arguments du Commissaire à la protection de la vie privée*

[20] Le Commissaire soutient que l'ordonnance sollicitée par RBC n'est pas visée par l'exception prévue à l'al. 7(3)c) de la *LPRPDE*. Certes, un créancier peut présenter contre un créancier hypothécaire une requête fondée sur le par. 60.18(6) et l'art. 34.10 des Règles en vue de forcer la production d'un document, mais, en l'espèce, RBC n'a fait aucune mention de l'al. 60.18(6)a) des Règles dans ses requêtes visant la production de l'état de mainlevée.

[21] Le Commissaire soutient en outre que les Trang n'ont pas consenti implicitement à la communication. Les états de mainlevée d'hypothèques contiennent des renseignements personnels sensibles d'ordre financier. De plus, le débiteur hypothécaire ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que le créancier hypothécaire communique des renseignements au créancier d'un jugement, seule la relation débiteur hypothécaire-créancier hypothécaire étant pertinente pour déterminer les attentes raisonnables du débiteur hypothécaire. Le Commissaire fait aussi valoir que la communication n'était pas « exigée par la loi » au sens de l'al. 7(3)i) de la *LPRPDE*, et qu'elle ne visait pas le « recouvrement d'une créance » au sens de l'al. 7(3)b).

## V. Analyse

### A. *Aperçu*

[22] Comme je l'ai déjà souligné, la *LPRPDE* est une loi fédérale qui établit des règles en matière de collecte, d'utilisation et de communication de renseignements personnels par des organisations dans le cadre d'activités commerciales (al. 4(1)a)). En bref, il s'agit d'une [TRADUCTION] « loi relative à la protection du consommateur dans le contexte de l'économie numérique » (W. Charnetski, P. Flaherty et J. Robinson, *The Personal Information Protection and Electronic Documents Act: A Comprehensive Guide* (2001), p. 2). L'objet de la partie 1 de la *LPRPDE* (« Protection des renseignements personnels dans le secteur privé ») est énoncé comme suit à l'art. 3 :

**3** The purpose of this Part is to establish, in an era in which technology increasingly facilitates the circulation and exchange of information, rules to govern the collection, use and disclosure of personal information in a manner that recognizes the right of privacy of individuals with respect to their personal information and the need of organizations to collect, use or disclose personal information for purposes that a reasonable person would consider appropriate in the circumstances.

[23] Part 1 of *PIPEDA* applies to personal information that an organization “collects, uses or discloses in the course of commercial activities” (s. 4(1)(a)). Section 5(1) states that “every organization shall comply with the obligations set out in Schedule 1”, which sets out 10 key principles derived from the Canadian Standards Association’s *Model Code for the Protection of Personal Information* (see Charnetski, Flaherty and Robinson, at pp. 5-6). Clause 4.3 of Sch. 1 codifies the third principle, consent. Under cl. 4.3.1, the general rule is that “[c]onsent is required for the collection of personal information and the subsequent use or disclosure of this information”, and cl. 4.3.2 states that “[t]he principle [of consent] requires ‘knowledge and consent’.” This third principle of informed consent is foundational to *PIPEDA*, and generally requires express consent. Yet, as I will explain, implied consent may be accepted in strictly defined circumstances.

[24] *PIPEDA* does not set out a blanket prohibition on disclosure without knowledge and consent. Section 7(3) of *PIPEDA* clearly provides a list of exceptions, for which knowledge and consent of the individual are not required for the disclosure of personal information:

**(3)** For the purpose of clause 4.3 of Schedule 1, and despite the note that accompanies that clause, an organization

**3** La présente partie a pour objet de fixer, dans une ère où la technologie facilite de plus en plus la circulation et l’échange de renseignements, des règles régissant la collecte, l’utilisation et la communication de renseignements personnels d’une manière qui tient compte du droit des individus à la vie privée à l’égard des renseignements personnels qui les concernent et du besoin des organisations de recueillir, d’utiliser ou de communiquer des renseignements personnels à des fins qu’une personne raisonnable estimerait acceptables dans les circonstances.

[23] La partie 1 de la *LPRPDE* s’applique aux renseignements personnels que toute organisation « recueille, utilise ou communique dans le cadre d’activités commerciales » (al. 4(1)a)). Le paragraphe 5(1) prévoit que « toute organisation doit se conformer aux obligations énoncées dans l’annexe 1 », qui énonce 10 principes clés tirés du *Code type sur la protection des renseignements personnels* de l’Association canadienne de normalisation (voir Charnetski, Flaherty et Robinson, p. 5-6). L’article 4.3 de l’ann. 1 codifie le troisième principe, celui du consentement. Suivant l’article 4.3.1, en règle générale, « [i]l faut obtenir le consentement de la personne concernée avant de recueillir des renseignements personnels à son sujet et d’utiliser ou de communiquer les renseignements recueillis », et l’art. 4.3.2 énonce que « [s]uivant ce principe [du consentement], il faut informer la personne au sujet de laquelle on recueille des renseignements et obtenir son consentement. » Ce troisième principe du consentement éclairé est un élément essentiel de la *LPRPDE* et, de façon générale, il requiert un consentement exprès. Néanmoins, comme je vais l’expliquer, un consentement implicite peut être suffisant dans des circonstances strictement définies.

[24] La *LPRPDE* n’interdit pas de façon absolue la communication sans la connaissance et le consentement de la personne concernée. Le paragraphe 7(3) de la *LPRPDE* prévoit une liste d’exceptions, décrivant des situations dans lesquelles il n’est pas nécessaire que la communication des renseignements personnels se fasse au su et avec le consentement de l’intéressé :

**(3)** Pour l’application de l’article 4.3 de l’annexe 1 et malgré la note afférente, l’organisation ne peut communiquer

may disclose personal information without the knowledge or consent of the individual only if the disclosure is

(b) for the purpose of collecting a debt owed by the individual to the organization;

(c) required to comply with a subpoena or warrant issued or an order made by a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information, or to comply with rules of court relating to the production of records;

(i) required by law.

The full provision in force at the time is reproduced in an Appendix at the end of these reasons.

[25] As a result of s. 7(3), *PIPEDA* does not diminish the powers courts have to make orders, and does not interfere with rules of court relating to the production of records. In addition, *PIPEDA* does not interfere with disclosure that is for the purpose of collecting a debt owed by the individual to an organization, or disclosure that is required by law. In other words, the intention behind s. 7(3) is to ensure that legally required disclosures are not affected by *PIPEDA*.

B. *Does the Order Sought by RBC Constitute an “Order Made by a Court” Under Section 7(3)(c)?*

[26] I find that the order sought by RBC constitutes an “order made by a court” under s. 7(3)(c), and I would order that Scotiabank disclose the mortgage discharge statement to RBC. An order made by a court requires disclosure, as recognized by the operation of s. 7(3)(c). This is in contrast, as we will see, with implied consent which results only in permission for a mortgagee to disclose the mortgage discharge statement.

de renseignement personnel à l’insu de l’intéressé ou sans son consentement que dans les cas suivants :

b) elle est faite en vue du recouvrement d’une créance que celle-ci a contre l’intéressé;

c) elle est exigée par assignation, mandat ou ordonnance d’un tribunal, d’une personne ou d’un organisme ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements ou exigée par des règles de procédure se rapportant à la production de documents;

i) elle est exigée par la loi.

Le texte complet des dispositions en vigueur à l’époque pertinente est reproduit à l’annexe qui se trouve à la fin des présents motifs.

[25] La présence du par. 7(3) fait en sorte que la *LPRPDE* ne restreint pas le pouvoir des tribunaux de rendre des ordonnances ni n’interfère avec leurs règles de procédure en matière de production de documents. De plus, la *LPRPDE* ne fait pas obstacle à la communication faite en vue du recouvrement d’une somme que l’intéressé doit à l’organisation, ou à la communication exigée par la loi. Autrement dit, le par. 7(3) vise à faire en sorte que la *LPRPDE* n’ait pas d’incidence sur les communications légalement requises.

B. *L’ordonnance sollicitée par RBC constitue-t-elle une « ordonnance d’un tribunal » au sens de l’al. 7(3)c)?*

[26] Je conclus que l’ordonnance sollicitée par RBC constitue une « ordonnance d’un tribunal » au sens de l’al. 7(3)c), et je suis d’avis d’ordonner à Banque Scotia de communiquer l’état de mainlevée d’hypothèque à RBC. Comme le reconnaît l’al. 7(3)c), une ordonnance d’un tribunal exige la communication. Cela contraste, comme nous le verrons, avec le consentement implicite qui a seulement pour effet de permettre à un créancier hypothécaire de communiquer l’état de mainlevée d’hypothèque.

[27] RBC and the Privacy Commissioner agree that it is possible for RBC to obtain an order for disclosure that meets the exception in s. 7(3)(c). The disagreement on this point is a procedural one, namely whether it was sufficient that RBC sought an order for disclosure by Scotiabank, or whether RBC had to have invoked rule 60.18(6) of the *Rules of Civil Procedure* specifically. The relevant provisions of the *Rules of Civil Procedure* are as follows:

60.18 . . .

. . . .

(6) Where any difficulty arises concerning the enforcement of an order, the court may,

- (a) make an order for the examination of any person who the court is satisfied may have knowledge of the matters set out in subrule (2); . . .

34.10 . . .

(2) The person to be examined shall bring to the examination and produce for inspection,

. . . .

- (b) on any examination, including an examination for discovery, all documents and things in his or her possession, control or power that are not privileged and that the notice of examination or summons to witness requires the person to bring.

[28] The motion judge and majority of the Court of Appeal concluded that the order sought by RBC does not constitute an “order made by a court” under s. 7(3)(c) on the basis that it would be circular to find that Scotiabank is required to disclose a mortgage discharge statement on the basis that disclosure is required by an order not yet made. This follows from *Citi Cards* where Blair J.A. said:

[27] RBC et le Commissaire conviennent qu’il est loisible à RBC d’obtenir une ordonnance de communication sur le fondement de l’exception prévue à l’al. 7(3)c). C’est sur le plan procédural que les parties sont en désaccord, soit en ce qui concerne la question de savoir s’il suffisait que RBC sollicite une ordonnance de communication par Banque Scotia, ou si RBC devait invoquer nommément le par. 60.18(6) des *Règles de procédure civile*. Voici les dispositions pertinentes des *Règles de procédure civile* :

60.18 . . .

. . . .

(6) Si l’exécution forcée d’une ordonnance présente des difficultés, le tribunal peut :

- a) rendre une ordonnance prescrivant l’interrogatoire d’une personne si le tribunal est convaincu qu’elle peut savoir quelque chose sur les points énumérés au paragraphe (2); . . .

34.10 . . .

(2) La personne qui doit être interrogée apporte à l’interrogatoire et produit, à des fins d’examen :

. . . .

- b) lors d’un interrogatoire, y compris un interrogatoire préalable, tous les documents et objets non privilégiés qui se trouvent en sa possession, sous son contrôle ou sous sa garde et qu’elle est tenue d’apporter en vertu de l’avis d’interrogatoire ou de l’assignation.

[28] Le juge des requêtes de même que les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu que l’ordonnance demandée par RBC ne constituait pas une « ordonnance d’un tribunal » au sens de l’al. 7(3)c) au motif qu’il faudrait adopter un raisonnement circulaire pour conclure que Banque Scotia est tenue de communiquer un état de mainlevée d’hypothèque, parce que sa communication est exigée par une ordonnance qui n’a pas encore été rendue. Ce raisonnement découle du propos suivant du juge Blair dans l’arrêt *Citi Cards* :

The “order” requiring compliance, upon which Citi Cards relies, is the order sought on this application. It is circular to argue that the Banks are required to disclose the mortgage statements because disclosure is required by an order not yet made. Even a liberal interpretation of the legislation cannot lead to such a pliant result. [para. 25]

[29] With respect, I reject this reasoning. I agree with Hoy A.C.J.O.’s reasoning at paras. 128-35 in support of her conclusion that *Citi Cards* should be overruled, and I would do so. As I discussed above, *PIPEDA* does not interfere with the court’s ability to make orders. The motion judge had the power under either the *Rules of Civil Procedure* or the inherent jurisdiction of the court to order disclosure. Further, he would have ordered disclosure if he thought that he could, as Hoy A.C.J.O. recognized: “. . . had the motion judge thought he could order disclosure of the statement, it is clear from his reasons that he would have done so. It is also clear that it would have been appropriate to do so” (para. 112). I agree. An order could and should have been made.

[30] In this case, the mere fact that the rule number was not pled is not fatal. It would be overly formalistic and detrimental to access to justice to conclude that RBC must make yet another application, this time specifying rule 60.18(6)(a), to obtain the order it seeks. Again, I agree with Hoy A.C.J.O.: “. . . any distinction between a motion brought under rule 60.18(6)(a) with the objective of obtaining a statement and any other motion brought, in accordance with the *Rules of Civil Procedure*, for the same purpose is artificial” since, in either case, the relief sought is substantively identical (para. 110; see also para. 96). Critically, she correctly pointed out:

It would fly in the face of increasing concerns about access to justice in Canada to dismiss this appeal and require

[TRADUCTION] L’« ordonnance » à laquelle il faut se conformer et sur laquelle s’appuie Citi Cards est l’ordonnance sollicitée par la demande dont je suis saisi. Il faut adopter un raisonnement circulaire pour soutenir que les banques sont tenues de communiquer les états de mainlevée d’hypothèque parce que leur communication est exigée par une ordonnance qui n’a pas encore été rendue. Même une interprétation libérale de la loi ne peut mener à un résultat aussi accommodant. [par. 25]

[29] Soit dit en tout respect, je rejette ce raisonnement. Je souscris au raisonnement que la juge Hoy expose aux par. 128-135 de ses motifs pour conclure que l’arrêt *Citi Cards* devrait être écarté, et j’estime que c’est ce qu’il convient de faire. Comme je l’ai déjà expliqué, la *LPRPDE* ne limite pas le pouvoir de la cour de rendre des ordonnances. Les *Règles de procédure civile* ou la compétence inhérente de la cour autorisaient le juge des requêtes à ordonner la communication. De plus, le juge des requêtes aurait ordonné la communication s’il avait estimé qu’il pouvait le faire, comme la juge Hoy l’a reconnu : [TRADUCTION] « . . . si le juge des requêtes avait jugé être en mesure d’ordonner la communication de l’état de mainlevée, il ressort clairement de ses motifs qu’il l’aurait fait. Il est clair également que cela aurait été approprié » (par. 112). Je suis d’accord. Une ordonnance aurait pu et aurait dû être rendue.

[30] En l’espèce, le simple fait que le numéro de l’article des Règles n’ait pas été plaidé ne porte pas un coup fatal à la demande. Il serait indûment formaliste et préjudiciable à l’accès à la justice de conclure que RBC doit présenter une autre demande, cette fois en invoquant spécifiquement l’al. 60.18(6)a des Règles, pour obtenir l’ordonnance demandée. Ici encore, je suis d’accord avec la juge Hoy pour dire que [TRADUCTION] « toute distinction entre une requête présentée sur le fondement de l’al. 60.18(6)a en vue d’obtenir un état de mainlevée et toute autre requête présentée aux mêmes fins en vertu des *Règles de procédure civile* est artificielle » étant donné que, dans l’un ou l’autre cas, la mesure recherchée est substantiellement la même (par. 110; voir aussi le par. 96). Cette dernière énonce à juste titre ce point fondamental :

[TRADUCTION] Ce serait faire fi des préoccupations croissantes concernant l’accès à la justice au Canada que

RBC to bring yet another motion. A legal system which is unnecessarily complex and rule-focused is antithetical to access to justice. RBC has brought two motions and made two trips to this court over a several year period — simply to discern how much remains outstanding on the Trangs' mortgage to enforce a valid judgment. [para. 113]

I add that not all litigants have the resources RBC has available, or are able to make multiple trips to court. Ensuring access to justice requires paying attention to the plight of all litigants.

[31] Further, it is clear that this is a case in which it was appropriate to make an order for disclosure. The majority of the Court of Appeal observed that a party seeking an order under rule 60.18(6) must demonstrate “difficulty” in enforcing its judgment, and that “courts should be reticent to require strangers to the litigation to appear on a motion” (para. 77). Hoy A.C.J.O. concluded, however, that rule 60.18(6)(a) can be applied less cautiously where a mortgagee is being examined in order to obtain a mortgage discharge statement. I agree. As Hoy A.C.J.O. noted, a mortgagee is not a stranger to the litigation in the sense that its interest in the property is at issue as well — the sheriff requires the mortgage discharge statement in part to settle the priority between mortgagees and creditors. Moreover, in practice, only the mortgagee can produce a mortgage discharge statement.

[32] I also agree with Hoy A.C.J.O. regarding the application of rule 60.18(6). I conclude that an order requiring disclosure can be made by a court in this context if either the debtor fails to respond to a written request that he or she sign a form consenting to the provision of the mortgage discharge statement to the creditor, or fails to attend a single judgment debtor examination. A creditor who has already obtained a judgment, filed a writ of seizure

de rejeter l'appel et d'exiger que RBC présente une autre requête. Un régime juridique inutilement complexe et axé sur les règles est aux antipodes de l'accès à la justice. RBC a soumis deux requêtes et s'est présentée deux fois devant notre cour pendant une période de quelques années, — simplement pour déterminer le solde de l'hypothèque des Trang en vue d'exécuter un jugement valide. [par. 113]

J'ajouterais que tous les justiciables n'ont pas les ressources dont dispose RBC, ou ne sont pas en mesure de se présenter plusieurs fois devant la cour. Pour favoriser l'accès à la justice, il faut considérer la situation de tous les justiciables.

[31] De plus, il ne fait aucun doute qu'il s'agit d'une affaire dans laquelle il était approprié de rendre une ordonnance de communication. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont fait remarquer qu'une partie qui sollicite une ordonnance fondée sur le par. 60.18(6) des Règles doit démontrer que l'exécution de son jugement présente des [TRADUCTION] « difficultés », et que « les cours devraient hésiter à exiger que des personnes étrangères au litige comparaissent dans le cadre d'une requête » (par. 77). La juge Hoy a toutefois conclu que l'al. 60.18(6)a peut être appliqué avec moins de prudence lorsqu'un créancier hypothécaire est interrogé en vue d'obtenir un état de mainlevée d'hypothèque. Je suis d'accord. Comme l'a fait remarquer la juge Hoy, un créancier hypothécaire n'est pas une personne étrangère au litige en ce que son intérêt dans le bien est aussi en cause — le shérif a besoin de l'état de mainlevée d'hypothèque entre autres pour pouvoir déterminer l'ordre de priorité entre les créanciers hypothécaires et les autres créanciers. De plus, en pratique, seul le créancier hypothécaire peut produire un état de mainlevée d'hypothèque.

[32] Je suis aussi d'accord avec la juge Hoy pour ce qui est de l'application du par. 60.18(6) des Règles. Je conclus qu'une cour peut rendre une ordonnance exigeant la communication dans ce contexte si le débiteur ne répond pas à une demande qui lui est faite par écrit de signer un formulaire de consentement à la fourniture de l'état de mainlevée d'hypothèque au créancier, ou s'il ne se présente pas à un simple interrogatoire du débiteur judiciaire. Le créancier

and sale, and completed one of the two above-mentioned steps has proven its claim and provided notice. Provided the judgment creditor serves the debtor with the motion to obtain disclosure, the creditor should be entitled to an order for disclosure. A judgment creditor in such a situation should not be required to undergo a cumbersome and costly procedure to realize its debt. The foregoing is a sufficient basis to order Scotiabank to produce the statement to RBC, and I would so order. But there is more in the present case.

C. *Did the Trangs Impliedly Consent to Disclosure of the Mortgage Discharge Statement?*

[33] RBC argues that the Trangs impliedly consented to the disclosure of the mortgage discharge statement by Scotiabank to RBC. I agree.

[34] Schedule 1, cl. 4.3.6 of *PIPEDA* acknowledges that consent for the purposes of the statute can be implied consent when the information is “less sensitive”:

The way in which an organization seeks consent may vary, depending on the circumstances and the type of information collected. An organization should generally seek express consent when the information is likely to be considered sensitive. Implied consent would generally be appropriate when the information is less sensitive. Consent can also be given by an authorized representative (such as a legal guardian or a person having power of attorney).

In my view, Hoy A.C.J.O. correctly pointed out (at para. 117) that the court in *Citi Cards* should have considered cl. 4.3.6. Had it done so, as Hoy A.C.J.O. did and as I do here, *Citi Cards* may have been decided differently.

[35] Schedule 1, cl. 4.3.5 of *PIPEDA* states that in obtaining consent, the reasonable expectations of the individuals are relevant:

qui a déjà obtenu un jugement, produit un bref de saisie-exécution et accompli l’une ou l’autre des démarches susmentionnées a établi l’existence de sa créance et donné l’avis requis. Une ordonnance de communication devrait être accordée au créancier d’un jugement qui a signifié la requête en communication au débiteur. Le créancier d’un jugement se trouvant dans une telle situation ne devrait pas avoir à entamer une procédure lourde et coûteuse pour ré-aliser sa créance. Ce qui précède constitue un fondement suffisant pour ordonner à Banque Scotia de remettre l’état de mainlevée à RBC, et il y a lieu de lui enjoindre de le faire. Mais il y a plus.

C. *Les Trang ont-ils implicitement consenti à la communication de l’état de mainlevée d’hypothèque?*

[33] RBC soutient que les Trang ont implicitement consenti à la communication de l’état de mainlevée d’hypothèque par Banque Scotia à RBC. Je suis d’accord.

[34] L’article 4.3.6 de l’ann. 1 de la *LPRPDE* reconnaît que, pour l’application de la loi, le consentement peut être implicite lorsque les renseignements sont « moins sensibles » :

La façon dont une organisation obtient le consentement peut varier selon les circonstances et la nature des renseignements recueillis. En général, l’organisation devrait chercher à obtenir un consentement explicite si les renseignements sont susceptibles d’être considérés comme sensibles. Lorsque les renseignements sont moins sensibles, un consentement implicite serait normalement jugé suffisant. Le consentement peut également être donné par un représentant autorisé (détenteur d’une procuration, tuteur).

Selon moi, la juge Hoy a souligné (par. 117) à juste titre que, dans *Citi Cards*, la cour aurait dû prendre en compte l’art. 4.3.6. Si elle l’avait fait, à l’instar de la juge Hoy et comme je le fais en l’espèce, l’issue de l’arrêt *Citi Cards* aurait pu être différente.

[35] L’article 4.3.5 de l’ann. 1 de la *LPRPDE* prévoit que dans l’obtention du consentement, les attentes raisonnables des personnes sont pertinentes :

In obtaining consent, the reasonable expectations of the individual are also relevant. For example, an individual buying a subscription to a magazine should reasonably expect that the organization, in addition to using the individual's name and address for mailing and billing purposes, would also contact the person to solicit the renewal of the subscription. In this case, the organization can assume that the individual's request constitutes consent for specific purposes. On the other hand, an individual would not reasonably expect that personal information given to a health-care professional would be given to a company selling health-care products, unless consent were obtained. Consent shall not be obtained through deception.

[36] In terms of sensitivity, I agree with the Privacy Commissioner that financial information is generally extremely sensitive. As this Court observed in *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, financial information is one of the types of private information that falls at the heart of a person's "biographical core" (paras. 47-48). However, the degree of sensitivity of specific financial information is a contextual determination. The sensitivity of financial information, here the current balance of a mortgage, must be assessed in the context of the related financial information already in the public domain, the purpose served by making the related information public, and the nature of the relationship between the mortgagor, mortgagee, and directly affected third parties. As the motion judge and Hoy A.C.J.O. observed, when mortgages are registered electronically on title, the principal amount of the mortgage, the rate of interest, the payment periods and the due date are made publicly available pursuant to the *Land Registration Reform Act*, R.S.O. 1990, c. L.4, s. 3(1); R.R.O. 1990, Reg. 688, s. 2(2); and O. Reg. 19/99, s. 6.

[37] The legislature decided to make this information available to the public, in part to allow creditors with a current or future interest in the land to make

Dans l'obtention du consentement, les attentes raisonnables de la personne sont aussi pertinentes. Par exemple, une personne qui s'abonne à un périodique devrait raisonnablement s'attendre à ce que l'entreprise, en plus de se servir de son nom et de son adresse à des fins de postage et de facturation, communique avec elle pour lui demander si elle désire que son abonnement soit renouvelé. Dans ce cas, l'organisation peut présumer que la demande de la personne constitue un consentement à ces fins précises. D'un autre côté, il n'est pas raisonnable qu'une personne s'attende à ce que les renseignements personnels qu'elle fournit à un professionnel de la santé soient donnés sans son consentement à une entreprise qui vend des produits de soins de santé. Le consentement ne doit pas être obtenu par un subterfuge.

[36] En ce qui concerne la question du caractère sensible des renseignements, je conviens avec le Commissaire que les renseignements financiers sont généralement des renseignements extrêmement sensibles. Comme notre Cour l'a fait observer dans *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, les renseignements d'ordre financier appartiennent à l'une des catégories de renseignements personnels se situant au cœur de « l'ensemble de renseignements biographiques » des particuliers (par. 47-48). Toutefois, le degré selon lequel un renseignement d'ordre financier précis est sensible est fonction du contexte. Pour évaluer le caractère sensible de renseignements financiers — en l'espèce le solde actuel d'une hypothèque — il faut tenir compte des renseignements financiers connexes qui sont déjà du domaine public, de la raison pour laquelle les renseignements financiers sont rendus publics et de la nature de la relation entre le débiteur hypothécaire, le créancier hypothécaire et les tiers directement touchés. Comme le juge des requêtes et la juge Hoy l'ont fait remarquer, lorsque les hypothèques sont enregistrées électroniquement contre le titre de propriété, le montant du principal de l'hypothèque, le taux d'intérêt, les périodes de paiement et la date d'échéance sont rendues publiques sous le régime de la *Loi portant réforme de l'enregistrement immobilier*, L.R.O. 1990, c. L.4, par. 3(1); R.R.O. 1990, Règl. 688, par. 2(2); et Règl. de l'Ont. 19/99, art. 6.

[37] Le législateur a décidé de rendre ces renseignements accessibles au public, notamment pour permettre aux créanciers possédant un intérêt, actuel

informed decisions. As the Office of the Information and Privacy Commissioner of Ontario observed in *Toronto (City) (Re)*, 2000 CanLII 21004:

The land registration system requires that all pertinent information be made available as a matter of public record, and the extent to which this represents an invasion of any individual's privacy, that result is justified and defensible. Transparency is integral to the public administration of the system, and has been incorporated into the statutory framework that regulates land registration in Ontario. Said another way, in implementing Ontario's land registration system, the Legislature has considered and debated the appropriate balance between the right to privacy and the need for transparency, and has made a decision that transparency outweighs privacy, in the public interest.

The rationale supporting the need to place personal information contained in land registration documents on the public record is based on the context of an individual land transaction. The public interest is addressed by ensuring that the parties to this particular transaction have all pertinent information involving the property. [p. 23]

[38] Making information about the mortgage public serves what Chancellor Boyd described as an intent of registration, albeit in the context of chattel mortgages: “The intent is, that persons who are about to become the creditors of others by parting with money or money's worth, may, by searches in the public office, obtain information for their guidance . . .” (*Barker v. Leeson* (1882), 1 O.R. 114, at p. 117, quoted with approval in *Grand Trunk Pacific Railway Co. v. Dearborn* (1919), 58 S.C.R. 315, at p. 318).

[39] When creditors seek to enforce their legal rights against a mortgagor, the broad scope of the publicly available information about a mortgage is relevant to the sensitivity of the current balance of that mortgage. The current balance is a snapshot at a point in time in the life of a publicly disclosed mortgage. Disclosing the current balance of the mortgage furthers the intent of ensuring that the parties “have

ou futur, sur le bien-fonds de prendre des décisions éclairées. Comme le Commissariat à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario l'a fait observer dans *Toronto (City) (Re)*, 2000 CanLII 21004 :

[TRADUCTION] Le régime d'enregistrement foncier exige que tous les renseignements pertinents fassent partie des registres publics, et l'atteinte à la vie privée qui en découle, le cas échéant, est justifiable et défendable. Le principe de la transparence fait partie intégrante de l'administration publique du système et il a été incorporé dans le cadre juridique qui régit la publicité foncière en Ontario. Autrement dit, en mettant en place le régime d'enregistrement foncier de l'Ontario, le législateur a jaugé l'équilibre qu'il convient d'établir entre le droit au respect de la vie privée et l'importance de la transparence, et il a déterminé que, dans l'intérêt public, la transparence l'emporte sur la vie privée.

Le raisonnement qui justifie la nécessité de rendre publics les renseignements personnels figurant dans les documents enregistrés s'inscrit dans le contexte d'une transaction immobilière individuelle. L'intérêt public est pris en compte en veillant à ce que les parties à la transaction en cause aient tous les renseignements pertinents concernant le bien. [p. 23]

[38] Le fait de rendre publics les renseignements concernant l'hypothèque sert ce que le chancelier Boyd a décrit — quoique dans le contexte des hypothèques mobilières — comme étant le but de l'enregistrement : [TRADUCTION] « Le but est de permettre à ceux qui sont sur le point de devenir créanciers d'autres personnes par le versement de sommes d'argent ou de valeurs, de se renseigner, pour leur propre gouverne, au moyen de recherches au bureau d'enregistrement . . . » (*Barker c. Leeson* (1882), 1 O.R. 114, p. 117, cité avec approbation dans *Grand Trunk Pacific Railway Co. c. Dearborn* (1919), 58 R.C.S. 315, p. 318).

[39] Lorsque des créanciers cherchent à faire respecter leurs droits contre un débiteur hypothécaire, tous les renseignements publics relatifs à une hypothèque sont pertinents pour déterminer le caractère sensible du solde actuel de l'hypothèque. Le solde actuel indique ce qu'il en est à un moment précis d'une hypothèque faisant déjà partie du domaine public. Communiquer ce solde hypothécaire

all pertinent information involving the property”. Disclosure gives certainty to the rough calculations that could already be made from the publicly available information.

[40] Moreover, the common law recognizes that the implied obligation of a bank to not disclose information about those from whom it has obtained a security interest is subject to certain exceptions. In *Tournier v. National Provincial and Union Bank of England*, [1924] 1 K.B. 461 (C.A.), at p. 473, Bankes L.J. outlined four such exceptions:

On principle I think that the qualifications can be classified under four heads: (a) Where disclosure is under compulsion by law; (b) where there is a duty to the public to disclose; (c) where the interests of the bank require disclosure; (d) where the disclosure is made by the express or implied consent of the customer.

[41] Finally on this point, I agree with RBC that the state of account between the mortgagor and mortgagee affects more than just the relationship between them — it also affects other creditors.

[42] In the context at bar, I find that the information at issue is less sensitive than other financial information.

[43] Turning to the reasonable expectations of the individual, the parties disagree on the appropriate scope of the inquiry. The Privacy Commissioner submits that only the relationship between the Trangs as mortgagors and Scotiabank as mortgagee is relevant to assessing the Trangs’ reasonable expectations in the circumstances; the relationship between the Trangs and RBC has no role to play. On the other hand, RBC argues that the party receiving the disclosure is a relevant consideration when determining the Trangs’ reasonable expectations.

donne effet à l’intention du législateur voulant que les parties [TRADUCTION] « aient tous les renseignements pertinents concernant le bien ». La communication rend certains les calculs approximatifs qui pouvaient déjà être effectués à partir des renseignements accessibles au public.

[40] De plus, la common law reconnaît que l’obligation implicite des banques de ne pas communiquer des renseignements concernant les personnes desquelles elles ont obtenu une garantie est assujettie à certaines exceptions. Dans *Tournier c. National Provincial and Union Bank of England*, [1924] 1 K.B. 461 (C.A.), p. 473, le lord juge Bankes a énuméré quatre exceptions :

[TRADUCTION] En principe, je pense que les exceptions appartiennent à quatre catégories, à savoir les cas où : a) la communication est exigée par la loi; b) il existe envers le public une obligation de communication; c) les intérêts de la banque rendent la communication nécessaire; d) la communication est faite avec le consentement exprès ou implicite du client.

[41] Enfin, sur ce point, je suis d’accord avec RBC pour dire que l’état de compte visant le débiteur hypothécaire et le créancier hypothécaire a une incidence non seulement à l’égard de ces derniers — il a aussi une incidence sur d’autres créanciers.

[42] Dans le cas qui nous occupe, je conclus que l’information recherchée est moins sensible que d’autres informations financières.

[43] En ce qui concerne les attentes raisonnables de l’intéressé, les parties ne s’entendent pas sur la portée qu’il convient de donner à l’analyse. Le Commissaire soutient que seule la relation entre les Trangs, en tant que débiteurs hypothécaires, et Banque Scotia, en tant que créancier hypothécaire, est pertinente pour déterminer les attentes raisonnables des Trangs dans les circonstances; la relation entre les Trangs et RBC n’a aucun rôle à jouer. RBC soutient quant à elle qu’il convient de tenir compte de l’identité de la partie recevant la communication pour déterminer les attentes raisonnables des Trangs.

[44] In my view, when determining the reasonable expectations of the individual, the whole context is important. This is supported by the Office of the Privacy Commissioner's consideration of context in various decisions: *PIPEDA Report of Findings No. 2014-013, Re*, 2014 CarswellNat 6605 (WL Can.); *PIPEDA Case Summary No. 2009-003, Re*, 2009 CarswellNat 6206 (WL Can.); *PIPEDA Case Summary No. 311, Re*, 2005 CarswellNat 6734 (WL Can.). Indeed, to do otherwise would unduly prioritize privacy interests over the legitimate business concerns that *PIPEDA* was also designed to reflect, bearing in mind that the overall intent of *PIPEDA* is "to promote both privacy and legitimate business concerns": L. M. Austin, "Reviewing PIPEDA: Control, Privacy and the Limits of Fair Information Practices" (2006), 44 *Can. Bus. L.J.* 21, at p. 38.

[45] As the motion judge observed in the initial motion, and as I have already noted, a mortgage discharge statement "is not something that is merely a private matter between the mortgagee and mortgagor, but rather is something on which the rights of others depends, and accordingly is something they have a right to know" (2012 ONSC 3272, para. 29). In other words, the legitimate business interests of other creditors are a relevant part of the context which informs the reasonable expectations of the mortgagor.

[46] Another part of the relevant context is the identity of the party seeking disclosure and the purpose for doing so. Disclosure to a person who requires the information to exercise an established legal right is clearly different from disclosure to a person who is merely curious or seeks the information for nefarious purposes.

[44] Selon moi, lorsqu'on détermine les attentes raisonnables d'une personne, l'entièreté du contexte est importante. Cette affirmation trouve appui dans l'examen du contexte par le Commissariat à la protection de la vie privée dans diverses décisions : *Rapport de conclusions en vertu de la LPRPDE n° 2014-013* (en ligne); *Résumé de conclusions d'enquête en vertu de la LPRPDE n° 2009-003* (en ligne); *Résumé de conclusions d'enquête en vertu de la LPRPDE n° 2005-311* (en ligne). D'ailleurs, en faisant abstraction du contexte, on accorderait trop d'importance aux intérêts privés par rapport aux préoccupations opérationnelles légitimes que la *LPRPDE* était également censée prendre en compte, l'objet général de cette loi étant de [TRADUCTION] « se soucier tant des préoccupations sur le plan de la protection de la vie privée que des préoccupations opérationnelles légitimes » : L. M. Austin, « Reviewing PIPEDA : Control, Privacy and the Limits of Fair Information Practices » (2006), 44 *Rev. can. dr. comm.* 21, p. 38.

[45] Comme le juge des requêtes l'a fait observer dans sa décision sur la première requête, et comme je l'ai déjà souligné, un état de mainlevée d'hypothèque [TRADUCTION] « n'est pas simplement un élément de nature privée entre le créancier hypothécaire et le débiteur hypothécaire, mais plutôt un élément sur lequel reposent les droits appartenant à des tiers, que ceux-ci sont donc en droit de connaître » (2012 ONSC 3272, par. 29). En somme, les intérêts opérationnels légitimes des autres créanciers constituent un élément pertinent du contexte devant être pris en compte pour apprécier les attentes raisonnables du débiteur hypothécaire.

[46] L'identité de la partie qui sollicite la communication et les fins auxquelles elle le fait sont aussi d'autres aspects du contexte à prendre en compte. La communication d'un renseignement à une personne qui a besoin de ce renseignement pour exercer un droit légal dûment établi se distingue manifestement de la communication d'un renseignement à une personne mue seulement par la curiosité, ou qui cherche à obtenir le renseignement à des fins nuisibles.

[47] The Trangs had a mortgage with Scotiabank and an outstanding debt to RBC. A reasonable mortgagor in their position would be aware that the financial details of their mortgage were publicly registered on title, and that default on the RBC debt could result in a judgment empowering the sheriff to seize and sell the mortgaged property. In my view, a reasonable mortgagor would know that the outstanding mortgage balance would ultimately be provided to the sheriff as a matter of law, once the writ of seizure and sale is filed. A reasonable mortgagor would also know that in such circumstances, the property would be sold to satisfy the RBC debt, subject to the settling of the mortgage with Scotiabank. Moreover, a reasonable mortgagor would know that a judgment creditor in such circumstances has a legal right to obtain disclosure of the mortgage discharge statement through examination or by bringing a motion.

[48] Here, RBC is seeking disclosure regarding the very asset it is entitled to, and intends to, realize on. A reasonable person borrowing money knows that if he defaults on a loan, his creditor will be entitled to recover the debt against his assets. It follows that a reasonable person expects that a creditor will be able to obtain the information necessary to realize on its legal rights. From the opposite perspective, it would be unreasonable for a borrower to expect that as long as he refused to comply with his obligation to provide information, his creditor would never be able to recover the debt.

[49] In the case at bar, a reasonable person would consider it appropriate for a mortgagee to provide a mortgage discharge statement to a judgment creditor who has obtained a writ of seizure and sale of the mortgaged asset from the court and filed it with the sheriff. A judgment creditor who has completed these steps has demonstrated that it intends to exercise an established legal right that depends on the disclosure of the mortgage discharge statement. In this case, RBC also sought the mortgage discharge

[47] Les Trang ont consenti une hypothèque à Banque Scotia et ils ont une dette envers RBC. Un débiteur hypothécaire raisonnable se trouvant dans leur situation saurait que les détails de son hypothèque sont enregistrés contre le titre dans les registres publics, et que le défaut de rembourser le prêt consenti par RBC pourrait donner lieu à un jugement autorisant le shérif à saisir et à vendre la propriété hypothéquée. Selon moi, un débiteur hypothécaire raisonnable saurait que le solde du prêt hypothécaire impayé serait ultimement communiqué au shérif une fois le bref de saisie-exécution présenté. Un débiteur hypothécaire raisonnable saurait aussi que, dans de telles circonstances, la propriété serait vendue pour acquitter la créance de RBC, sous réserve de satisfaire les droits de la créancière hypothécaire, Banque Scotia. En outre, un débiteur hypothécaire raisonnable saurait que, dans de telles circonstances, le créancier d'un jugement a le droit d'obtenir la communication de l'état de mainlevée de l'hypothèque dans le cadre d'un interrogatoire ou par suite de la présentation d'une requête.

[48] En l'espèce, RBC demande la communication d'un renseignement relatif au bien sur lequel elle a le droit et l'intention de réaliser sa créance. Une personne raisonnable qui emprunte de l'argent sait qu'en cas de défaut de paiement, son créancier sera en droit de recouvrer sa créance sur ses biens. Il s'ensuit qu'une personne raisonnable s'attend à ce qu'un créancier soit en mesure d'obtenir les renseignements nécessaires pour exercer son droit de procéder à la réalisation. Du point de vue opposé, il ne serait pas raisonnable qu'un emprunteur s'attende à ce que, tant qu'il refuse de s'acquitter de son obligation de fournir des renseignements, son créancier ne soit jamais en mesure de recouvrer sa dette.

[49] Dans la présente affaire, une personne raisonnable jugerait approprié qu'un créancier hypothécaire fournisse un état de mainlevée d'hypothèque au créancier d'un jugement qui a obtenu de la cour et déposé auprès du shérif un bref de saisie-exécution à l'égard du bien hypothéqué. Le créancier d'un jugement qui a complété ces étapes a démontré son intention d'exercer un droit établi conféré par la loi, qui est tributaire de la communication de l'état de mainlevée d'hypothèque. En l'espèce, RBC a aussi

statement through the examination process, but this additional step is not necessary. Obtaining a writ of seizure and sale, and filing it with the sheriff, makes operational the consent to disclosure given by the Trangs concurrent with their giving a mortgage to Scotiabank. In my view, consent for the purpose of assisting a sheriff in executing a writ of seizure and sale was implicitly given at the time the mortgage was given. To be clear, this does not mean that a bank may disclose a mortgage discharge statement to any party who requests it. For example, it is reasonable to expect that a bank will not disclose a mortgage discharge statement to a person with no legal interest in the property.

[50] In conclusion, I find that the Trangs consented to disclosure. As a result, Scotiabank is not precluded by *PIPEDA* from disclosing the mortgage discharge statement to RBC.

[51] As the two bases outlined above are sufficient to dispose of this appeal, I decline to determine whether disclosure falls within the “for the purpose of collecting a debt” exemption in s. 7(3)(b) or within the “required by law” exemption in s. 7(3)(i).

## VI. Conclusion

[52] I would allow the appeal and order Scotiabank to produce the mortgage discharge statement to RBC.

### APPENDIX

*Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5

7 . . .

. . .

**Disclosure without knowledge or consent**

demandé l'état de mainlevée d'hypothèque dans le cadre du processus d'interrogatoire, mais cette démarche supplémentaire n'est pas nécessaire. L'obtention d'un bref de saisie-exécution suivie de sa production auprès du shérif donne effet au consentement à la communication donné par les Trang au moment où ils ont consenti une hypothèque à Banque Scotia. Selon moi, le consentement visant à aider le shérif à donner suite à un bref de saisie-exécution a été donné implicitement au moment où l'hypothèque a été consentie. En clair, cela ne signifie pas qu'une banque peut communiquer un état de mainlevée d'hypothèque à toute personne qui en fait la demande. Par exemple, il est raisonnable de s'attendre à ce qu'une banque ne communique pas ce renseignement à une personne n'ayant aucun intérêt légal dans le bien.

[50] En conclusion, j'estime que les Trang ont consenti à la communication. La *LPRPDE* n'empêche donc pas Banque Scotia de communiquer l'état de mainlevée d'hypothèque à RBC.

[51] Étant donné que les deux motifs exposés ci-dessus suffisent pour trancher le présent pourvoi, je ne me prononce pas sur la question de savoir si la communication est faite « en vue du recouvrement d'une créance », que vise l'exception prévue à l'al. 7(3)b), ou s'il s'agit d'une communication « exigée par la loi », que vise l'exception prévue à l'al. 7(3)i).

## VI. Conclusion

[52] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner à Banque Scotia de communiquer l'état de mainlevée d'hypothèque à RBC.

### ANNEXE

*Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5

7 . . .

. . .

**Communication à l'insu de l'intéressé ou sans son consentement**

**(3)** For the purpose of clause 4.3 of Schedule 1, and despite the note that accompanies that clause, an organization may disclose personal information without the knowledge or consent of the individual only if the disclosure is

**(a)** made to, in the Province of Quebec, an advocate or notary or, in any other province, a barrister or solicitor who is representing the organization;

**(b)** for the purpose of collecting a debt owed by the individual to the organization;

**(c)** required to comply with a subpoena or warrant issued or an order made by a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information, or to comply with rules of court relating to the production of records;

**(c.1)** made to a government institution or part of a government institution that has made a request for the information, identified its lawful authority to obtain the information and indicated that

**(i)** it suspects that the information relates to national security, the defence of Canada or the conduct of international affairs,

**(ii)** the disclosure is requested for the purpose of enforcing any law of Canada, a province or a foreign jurisdiction, carrying out an investigation relating to the enforcement of any such law or gathering intelligence for the purpose of enforcing any such law, or

**(iii)** the disclosure is requested for the purpose of administering any law of Canada or a province;

**(c.2)** made to the government institution mentioned in section 7 of the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act* as required by that section;

**(d)** made on the initiative of the organization to an investigative body, a government institution or a part of a government institution and the organization

**(i)** has reasonable grounds to believe that the information relates to a breach of an agreement or a contravention of the laws of Canada, a province

**(3)** Pour l'application de l'article 4.3 de l'annexe 1 et malgré la note afférente, l'organisation ne peut communiquer de renseignement personnel à l'insu de l'intéressé et sans son consentement que dans les cas suivants :

**a)** la communication est faite à un avocat — dans la province de Québec, à un avocat ou à un notaire — qui représente l'organisation;

**b)** elle est faite en vue du recouvrement d'une créance que celle-ci a contre l'intéressé;

**c)** elle est exigée par assignation, mandat ou ordonnance d'un tribunal, d'une personne ou d'un organisme ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements ou exigée par des règles de procédure se rapportant à la production de documents;

**c.1)** elle est faite à une institution gouvernementale — ou à une subdivision d'une telle institution — qui a demandé à obtenir le renseignement en mentionnant la source de l'autorité légitime étayant son droit de l'obtenir et le fait, selon le cas :

**(i)** qu'elle soupçonne que le renseignement est afférent à la sécurité nationale, à la défense du Canada ou à la conduite des affaires internationales,

**(ii)** que la communication est demandée aux fins du contrôle d'application du droit canadien, provincial ou étranger, de la tenue d'enquêtes liées à ce contrôle d'application ou de la collecte de renseignements en matière de sécurité en vue de ce contrôle d'application,

**(iii)** qu'elle est demandée pour l'application du droit canadien ou provincial;

**c.2)** elle est faite au titre de l'article 7 de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* à l'institution gouvernementale mentionnée à cet article;

**d)** elle est faite, à l'initiative de l'organisation, à un organisme d'enquête, une institution gouvernementale ou une subdivision d'une telle institution et l'organisation, selon le cas, à des motifs raisonnables de croire que le renseignement est afférent à la violation d'un accord ou à une contravention au droit fédéral, provincial ou étranger qui a été commise ou est en

or a foreign jurisdiction that has been, is being or is about to be committed, or

**(ii)** suspects that the information relates to national security, the defence of Canada or the conduct of international affairs;

**(e)** made to a person who needs the information because of an emergency that threatens the life, health or security of an individual and, if the individual whom the information is about is alive, the organization informs that individual in writing without delay of the disclosure;

**(f)** for statistical, or scholarly study or research, purposes that cannot be achieved without disclosing the information, it is impracticable to obtain consent and the organization informs the Commissioner of the disclosure before the information is disclosed;

**(g)** made to an institution whose functions include the conservation of records of historic or archival importance, and the disclosure is made for the purpose of such conservation;

**(h)** made after the earlier of

**(i)** one hundred years after the record containing the information was created, and

**(ii)** twenty years after the death of the individual whom the information is about;

**(h.1)** of information that is publicly available and is specified by the regulations;

**(h.2)** made by an investigative body and the disclosure is reasonable for purposes related to investigating a breach of an agreement or a contravention of the laws of Canada or a province; or

**(i)** required by law.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: Barbara McIsaac Law, Ottawa; Office of the Privacy Commissioner of Canada, Gatineau.*

train ou sur le point de l'être ou soupçonne que le renseignement est afférent à la sécurité nationale, à la défense du Canada ou à la conduite des affaires internationales;

**e)** elle est faite à toute personne qui a besoin du renseignement en raison d'une situation d'urgence mettant en danger la vie, la santé ou la sécurité de toute personne et, dans le cas où la personne visée par le renseignement est vivante, l'organisation en informe par écrit et sans délai cette dernière;

**f)** elle est faite à des fins statistiques ou à des fins d'étude ou de recherche érudites, ces fins ne peuvent être réalisées sans que le renseignement soit communiqué, le consentement est pratiquement impossible à obtenir et l'organisation informe le commissaire de la communication avant de la faire;

**g)** elle est faite à une institution dont les attributions comprennent la conservation de documents ayant une importance historique ou archivistique, en vue d'une telle conservation;

**h)** elle est faite cent ans ou plus après la constitution du document contenant le renseignement ou, en cas de décès de l'intéressé, vingt ans ou plus après le décès, dans la limite de cent ans;

**h.1)** il s'agit d'un renseignement réglementaire auquel le public a accès;

**h.2)** elle est faite par un organisme d'enquête et est raisonnable à des fins liées à une enquête sur la violation d'un accord ou la contravention du droit fédéral ou provincial;

**i)** elle est exigée par la loi.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelante : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae : Barbara McIsaac Law, Ottawa; Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, Gatineau.*

**Johnny Mennillo** *Appellant*

v.

**Intramodal inc.** *Respondent*

**INDEXED AS: MENNILLO v. INTRAMODAL INC.**

**2016 SCC 51**

File No.: 36124.

2015: December 8; 2016: November 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Commercial law — Corporations — Oppression — Reasonable expectations of shareholder — Shareholder resigning as officer and director of corporation — Whether resignation extended to shareholder status and shares transferred accordingly — Whether evidence supported reasonable expectation asserted by shareholder of being treated as such and, if so, whether reasonable expectation was violated — Whether shareholder unlawfully deprived of shareholder status as a result of corporation's conduct — Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 241.*

In 2004, M and R, two friends, discussed the possibility of creating a road transportation company. M would contribute the money to start up the business while R would bring skills to ensure its success. R had the company incorporated on July 13, 2004, and that same day, the company's board of directors passed a resolution to accept notices of subscription to securities by R and M and to issue 51 shares to R and 49 shares to M. Both the notices of subscription and the resolution were signed by R alone. Thereafter, R and M rarely complied with the requirements of the *Canada Business Corporations Act* ("CBCA") and almost never put anything in writing. They had neither a partnership nor a shareholders' agreement, and there was no written contract or any other legal formality relating to M's advances of substantial amounts of money to R.

**Johnny Mennillo** *Appelant*

c.

**Intramodal inc.** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : MENNILLO c. INTRAMODAL INC.**

**2016 CSC 51**

N° du greffe : 36124.

2015 : 8 décembre; 2016 : 18 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit commercial — Sociétés par actions — Abus — Attentes raisonnables de l'actionnaire — Démission d'un actionnaire à titre de dirigeant et d'administrateur d'une société — La démission valait-elle également pour la qualité d'actionnaire et, dans l'affirmative, les actions ont-elles de ce fait été transférées? — La preuve étaye-t-elle l'allégation selon laquelle l'actionnaire s'attendait raisonnablement à être traité comme tel et, dans l'affirmative, cette attente raisonnable a-t-elle été frustrée? — Le comportement de la société a-t-il eu pour effet de dépouiller illégalement l'actionnaire de sa qualité d'actionnaire? — Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, c. C-44, art. 241.*

En 2004, deux amis, M et R, ont envisagé la possibilité de créer une entreprise de transport routier. M devait avancer les fonds de démarrage et R, mettre à contribution ses compétences pour assurer la réussite de l'entreprise. Le 13 juillet 2004, R a constitué la société et, le même jour, le conseil d'administration de cette dernière a adopté une résolution à l'effet d'accepter les avis de souscription de valeurs mobilières de R et de M et d'émettre 51 actions à R et 49 à M. Tant les avis de souscription que la résolution n'ont été signés que par R. Subséquemment, R et M n'ont que rarement observé les exigences de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (« LCSA ») et n'ont presque jamais rien consigné par écrit. Ils n'ont pas non plus conclu de contrat de société ou de convention d'actionnaires, et les avances de fonds substantielles consenties par M à R n'ont pas fait l'objet d'un contrat écrit ou de quelque autre formalité juridique.

On May 25, 2005, M sent a letter to the corporation in which he indicated that he was resigning as an officer and director of the company. M asserts that he never intended to stop being a shareholder, but the corporation contends that M also resigned as a shareholder and accordingly transferred his shares to R. Claiming that the corporation and R unduly and wrongfully stripped him of his status as a shareholder, M applied for an oppression remedy pursuant to s. 241 of the *CBCA*.

The trial judge dismissed M's oppression claim based on the factual finding that M had undertaken to remain a shareholder only so long as he was willing to guarantee the corporation's debts and later was no longer willing to do so. A majority of the Court of Appeal dismissed the appeal.

*Held* (Côté J. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Abella, Cromwell, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ.: The trial judge's factual findings are not reviewable on appeal because no palpable and overriding error is present here. M's oppression claim must accordingly be approached on the basis of the trial judge's factual findings to the effect that from May 25, 2005 onwards, M did not want to be a shareholder, did not want to be treated as such and, as a result, transferred his shares to R.

There are two elements of an oppression claim. The claimant must first identify the expectations that he or she claims have been violated and establish that the expectations were reasonably held. Then the claimant must show that those reasonable expectations were violated by conduct falling within the statutory terms, that is, conduct that was oppressive, unfairly prejudicial to or unfairly disregarding of the interests of any security holder.

In the present case, M's oppression claim is groundless. M could have no reasonable expectation of being treated as a shareholder: he no longer was and expressly demanded not to be so treated. As against the corporation, the most that can be said is that it failed to carry out M's wishes as a result of not observing certain necessary corporate formalities. But in light of these findings, it cannot be said that the corporation acted oppressively or that it illegally stripped him of his status as a shareholder. What happened is that the corporation failed to make sure that all the legal formalities were complied with before registering the transfer of shares to R. The acts of the corporation which M claims to constitute oppression were in fact taken, albeit imperfectly, in accordance with his express wishes.

Le 25 mai 2005, M a fait parvenir à la société une lettre dans laquelle il démissionnait à titre de dirigeant et d'administrateur de l'entreprise. Il affirme n'avoir jamais eu l'intention de cesser d'être actionnaire, mais la société soutient qu'il a également démissionné à titre d'actionnaire et transféré de ce fait ses actions à R. En application de l'art. 241 de la *LCSA*, M a intenté un recours pour abus, alléguant que la société et R l'avaient dépouillé indûment et illégalement de sa qualité d'actionnaire.

Le juge de première instance a rejeté le recours pour abus après avoir conclu des faits que M ne s'était engagé à demeurer actionnaire que tant qu'il serait disposé à garantir le passif de la société et que, à un moment ultérieur, il n'avait plus été disposé à le faire. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté l'appel.

*Arrêt* (la juge Côté est dissidente) : Le pourvoi est rejeté.

*Les* juges Abella, Cromwell, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown : Les conclusions de fait du juge de première instance ne sont pas susceptibles de révision en appel car elles ne sont entachées d'aucune erreur manifeste et dominante. Il faut donc statuer sur le recours pour abus de M à partir des conclusions de fait du juge de première instance selon lesquelles, à compter du 25 mai 2005, M n'a plus voulu être actionnaire, n'a plus voulu être traité comme tel et a de ce fait transféré ses actions à R.

Deux choses incombent à celui qui allègue l'abus. D'abord, il doit préciser quelles attentes ont censément été frustrées et en établir le caractère raisonnable. Ensuite, il doit démontrer que ces attentes raisonnables ont été frustrées par un comportement que vise le libellé de la loi, à savoir le fait d'abuser des droits d'un détenteur de valeurs mobilières ou de se montrer injuste à son égard en lui portant préjudice ou en ne tenant pas compte de ses intérêts.

Dans la présente affaire, le recours pour abus est sans fondement. M ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à être traité comme un actionnaire : il ne l'était plus et il avait expressément demandé à ne plus être traité comme tel. On peut tout au plus reprocher à la société de ne pas avoir donné suite au vœu de M en omettant d'observer certaines formalités requises de sa part. Cependant, on ne saurait affirmer au vu de ces conclusions qu'elle a agi abusivement à l'égard de M ou qu'elle l'a dépouillé illégalement de sa qualité d'actionnaire. En fait, la société a omis de s'assurer de l'observation de toutes les formalités d'ordre juridique avant d'inscrire le transfert des actions à R. Les mesures de la société que M tient pour abusives ont en fait été prises, bien que de manière imparfaite, selon la volonté qu'il avait exprimée.

The fact that a corporation fails to comply with the requirements of the *CBCA* does not, on its own, constitute oppression. What may trigger the remedy is conduct that frustrates reasonable expectations, not simply conduct that is contrary to the *CBCA*. In the present case, the failure to observe the corporate formalities in removing M as a shareholder in accordance with his express wishes to be so removed cannot be characterized as an act unfairly prejudicial to the extent that this omission deprived him of his status as a shareholder. The corporation failed to observe the formalities of carrying out his wish not to be a shareholder. Nor can the failure to properly remove him as a shareholder in accordance with his express wishes make it just and equitable for him to regain his status as a shareholder.

Regarding the issue of whether the share transfer could have been retroactively cancelled, it is not possible to do so by way of simple oral consent. An issuance of shares can be cancelled only if (a) the corporation's articles are amended or (b) the corporation reaches an agreement to purchase the shares, which requires that the directors pass a resolution, that the shareholder in question gives his or her express consent and that the tests of solvency and liquidity be met. Meeting the requirements with respect to the maintenance of share capital cannot be optional, given that it is the share capital that is the common pledge of the creditors and is the basis for their acceptance of doing business with the corporation.

It is common ground that the shares that were transferred were not endorsed by M. Therefore it is true that the corporation proceeded to register a transfer that did not meet all of the criteria stated in the *CBCA*. Since this was an important formality required by law, it was to be observed on pain of nullity of the transfer. But there is no doubt about the fact that M knew that this formality was not complied with when the company proceeded to register the transfer in the corporate books, and that he was aware that he had not endorsed his share certificate when the shares were transferred to R as the trial judge found. As he was aware of the situation of which he now complains more than three years prior, his claim in that regard was and is still prescribed. Even if the transfer was subject to nullity, it did not mean that it was inexistent.

Finally, regarding the possibility of a conditional issuance of the shares, the condition at issue was a result of an agreement between M and R that the former would be a shareholder only if he guaranteed the corporation's debts. This agreement was reached by M and R; the corporation was not a party to this agreement. Accordingly, it does not attract the corporate formalities applicable to a conditional issuance of shares.

L'inobservation des formalités de la *LCSA* par une société ne constitue pas en soi de l'abus. Peut ouvrir droit au recours pour abus le comportement qui frustre l'attente raisonnable, mais pas celui qui est seulement contraire à la *LCSA*. En l'espèce, l'inobservation des formalités nécessaires au retrait de M à titre d'actionnaire, conformément à la volonté qu'il avait exprimée, ne saurait constituer un acte injustement préjudiciable à son égard en ce qu'elle le prive de sa qualité d'actionnaire. La société a omis d'observer les formalités requises pour donner suite à sa volonté de cesser d'être actionnaire. L'omission d'effectuer régulièrement son retrait à titre d'actionnaire, selon la volonté qu'il avait exprimée, ne saurait non plus rendre juste et équitable la réintégration de M au sein de l'actionariat.

Quant à savoir si le transfert des actions aurait pu être annulé rétroactivement, une telle mesure n'aurait pu intervenir sur simple consentement verbal. Il ne peut y avoir annulation d'une émission d'actions que a) par modification des statuts de la société ou b) par achat de gré à gré des actions par la société, ce qui requiert une résolution des administrateurs, le consentement exprès de l'actionnaire en cause et le respect des critères de solvabilité et de liquidité. La conformité aux exigences relatives au maintien du capital-actions ne saurait être facultative puisque le capital-actions constitue le gage commun des créanciers en fonction duquel ces derniers acceptent de faire affaire avec la société.

Nul ne conteste que les actions transférées n'ont pas été endossées par M. La société a donc bel et bien inscrit un transfert qui ne respectait pas toutes les conditions prévues par la *LCSA*. S'agissant d'une formalité légale importante, son inobservation exposait l'opération à la nullité. Or, il ne fait aucun doute que M savait que cette formalité n'avait pas été accomplie lorsque la société a inscrit le transfert dans ses registres et que son certificat n'était pas endossé lors du transfert de ses actions à R, comme l'a conclu le juge de première instance. Puisque, plus de trois ans auparavant, il connaissait la situation qu'il déplore aujourd'hui, son recours était et demeure prescrit. Même s'il était susceptible d'annulation, le transfert existait tout de même.

Enfin, en ce qui concerne la possibilité que les actions aient été émises conditionnellement, la condition en cause résultait d'un accord entre M et R selon lequel le premier ne serait actionnaire que s'il se portait garant du passif de la société. L'accord est intervenu entre M et R, et la société n'y est pas partie. Il ne requerrait donc pas l'observation des formalités liées à une émission conditionnelle d'actions.

*Per* McLachlin C.J. and Moldaver J.: It is not necessary to determine whether there was an effective transfer of M's shares to R. This appeal can be disposed of on the basis that M has failed to show a reasonable expectation that he would not be removed as a shareholder from the corporation's books given that he asked to be removed as a shareholder. This is confirmed by the fact that subsequently M ceased to conduct himself as an equity shareholder and advanced money as loans. The trial judge's finding of fact is supported by the evidence. Consequently, the trial judge did not err in denying M's oppression claim.

*Per* Côté J. (dissenting): Two key principles are deeply rooted in Canadian corporate law and cannot simply be disregarded or ignored: the principle that a corporation's legal personality is distinct from that of its shareholder or shareholders, and the principle or rule of the maintenance of capital. The formalities provided for in corporate legislation are imposed to give effect to these principles, and they are necessary to protect the corporation's patrimony, the common pledge of its creditors.

These principles cannot be variable. The principle that a corporation has a distinct legal personality and the maintenance of capital principle are just as important in the case of a small company as in that of a large one, if not more so. Although expectations may vary from one shareholder to another in the case of a closely held corporation, this does not diminish the importance of these principles. The same is true of the formalities provided for by law to ensure that they are adhered to.

It follows that the conclusion that shares were issued conditionally in this case or that the agreement between the two shareholders regarding M's shares was cancelled retroactively, simply by their consenting to its being cancelled, and that this cancellation had some effect on the corporation even though the necessary formalities were not observed, jeopardizes important pillars of Canadian corporate law.

Along the same lines, the fact that one shareholder claims he and his fellow shareholder entered into an agreement for the transfer of shares does not relieve the corporation of its legal duty to make the necessary inquiries before passing a resolution approving that transfer of shares and registering the transfer in its registers. The *CBCA* imposes some very strict requirements to be met before a transfer of shares is registered, including that the security be endorsed and that the transfer be rightful. The corporation's

*La* juge en chef McLachlin et le juge Moldaver : Point n'est besoin de décider s'il y a effectivement eu transfert des actions de M à R. On peut statuer sur le pourvoi à partir du fait que M n'a pas démontré qu'il pouvait raisonnablement s'attendre à ce que les registres de la société continuent de faire état de sa qualité d'actionnaire puisqu'il avait demandé à ne plus être actionnaire. Cela est d'ailleurs confirmé par le fait qu'il a cessé par la suite d'agir comme actionnaire participatif et a avancé des fonds sous forme de prêts. La conclusion de fait du juge de première instance trouve appui dans la preuve. Il n'a donc pas eu tort de rejeter le recours pour abus intenté par M.

*La* juge Côté (dissidente) : Deux grands principes sont profondément enracinés en droit canadien des sociétés par actions et ne peuvent simplement être écartés ou ignorés : il s'agit du principe de la personnalité juridique distincte de la société par rapport à celle de son ou ses actionnaires, et du principe ou de la règle du maintien du capital. Les formalités prévues par les lois relatives aux sociétés par actions sont imposées en raison de ces principes et elles sont nécessaires à la protection du patrimoine de la société, gage commun de ses créanciers.

Ces principes ne peuvent être à géométrie variable. Le principe de la personnalité juridique distincte de la société et celui du maintien du capital sont tout aussi importants — sinon plus — dans le cas d'une petite société que dans celui d'une grande. Bien que les attentes des actionnaires puissent varier de l'un à l'autre dans le cas d'une société par actions à capital fermé, l'importance de ces principes n'est pas pour autant diminuée. Il en va de même des formalités prévues par la loi pour faire respecter ces principes.

Il s'ensuit que la conclusion selon laquelle il y a eu en l'espèce émission conditionnelle d'actions ou encore celle selon laquelle il y a eu en l'espèce annulation rétroactive de l'entente entre les deux actionnaires quant aux actions de M sur simple consentement de ceux-ci et que cette annulation a eu quelque effet que ce soit sur la société, en dépit de l'absence du formalisme requis, mettent en péril des piliers importants du droit canadien des sociétés.

Dans le même sens, la prétention d'un actionnaire suivant laquelle une entente de transfert d'actions est intervenue entre lui et son coactionnaire ne libère pas la société en cause de son devoir légal de faire les vérifications requises avant d'entériner par résolution ce transfert d'actions et de l'inscrire dans ses registres. La *LCSA* soumet l'inscription d'un transfert d'actions à des conditions préalables très strictes, dont l'endossement du titre et le caractère régulier du transfert. L'omission de telles

failure to make such inquiries in this case was in itself a form of oppression.

M did not, by expressing an intention to withdraw from the corporation as a shareholder, extinguish any reasonable expectations he may have had as regards his remaining on the company's books as a shareholder. To conclude the opposite would amount to saying that the mere expression of an intention to withdraw from a corporation as a shareholder would also extinguish the reasonable expectation that the corporation in question will act in accordance with the law and with its articles and by-laws and will make the necessary inquiries before depriving a person of his or her shareholder status, and would thereby defeat the oppression remedy. However, the *CBCA* itself does not limit access to the oppression remedy in such a manner and, what is more, shareholders are entitled to expect a corporation to act in accordance with its articles and by-laws and, more generally, with the law. These are, so to speak, presumed expectations.

The question of reasonable expectations is of greater relevance to the determination of a shareholder's rights that are not specifically provided for in the legislation and in the corporation's articles and by-laws. Where, as in this case, a corporation is alleged to have acted unlawfully, the focus of the analysis is not so much on the question of reasonable expectations as on that of whether the corporation's conduct was in fact unlawful and, therefore, oppressive. Mere irregularities that are not oppressive or unfairly prejudicial will not be sufficient to justify granting the remedy to the complainant. On the other hand, a failure to comply with a mandatory legislative provision or with the requirements set out in the corporation's articles and by-laws that relate to the very recognition of shareholder status may justify granting the oppression remedy.

In this case, several aspects of the corporation's conduct are problematic. The evidence shows that the share certificate in question was not endorsed. It also shows that the corporation made no inquiries before passing the resolution to transfer M's shares, and that the resolution was passed retroactively and was signed by a single shareholder (namely the majority shareholder). The corporation's conduct in this regard, which violated express provisions of the legislation and of its own articles and by-laws, was prejudicial to M: that conduct unlawfully stripped him of his status as a shareholder. It is difficult to imagine how a business corporation could act more oppressively toward a shareholder than by depriving him or her of that status.

vérifications par la société en l'espèce constituait en soi une forme d'abus.

En exprimant l'intention de se retirer de la société à titre d'actionnaire, M ne mettait fin à toutes attentes raisonnables qu'il pouvait avoir de demeurer dans les registres de la société en tant qu'actionnaire. Conclure le contraire revient à dire que la simple expression de l'intention de se retirer d'une société en tant qu'actionnaire mettrait également fin à l'attente raisonnable que la société en question agisse en conformité avec la loi et ses statuts et règlements et qu'elle procède aux vérifications requises avant de priver une personne de son statut d'actionnaire, faisant ainsi échec au recours pour abus. Or, la *LCSA* elle-même ne limite pas ainsi l'accès au recours pour abus et, de plus, les actionnaires sont en droit de s'attendre à ce que la société agisse en conformité avec ses statuts et règlements et, plus généralement, avec la loi. Il s'agit pour ainsi dire d'attentes présumées.

La question des attentes raisonnables a une plus grande pertinence lorsqu'il s'agit de déterminer les droits d'un actionnaire au-delà de ce qui est spécifiquement prévu dans la loi et les statuts et règlements de la société. Lorsque l'illégalité de la conduite de la société est alléguée, comme c'est le cas en l'espèce, l'analyse ne porte pas tant sur la question des attentes raisonnables que sur celle visant à déterminer si la conduite de la société est effectivement illégale et, partant, abusive. De simples irrégularités, qui ne constituent pas pour autant un abus ou un acte injustement préjudiciable, ne seront pas suffisantes pour donner ouverture au recours du plaignant. À l'inverse, l'omission de se conformer à une disposition impérative de la loi ainsi qu'aux exigences prévues par les statuts et règlements de la société en ce qui concerne la reconnaissance même du statut d'actionnaire pourra donner ouverture au recours pour abus.

En l'espèce, plusieurs aspects de la conduite de la société posent problème. La preuve révèle que le certificat d'actions en cause n'a pas été endossé. Elle révèle également que la société n'a fait aucune vérification avant d'adopter la résolution de transfert des actions de M, et que c'est rétroactivement et avec la signature d'un seul actionnaire (c'est-à-dire l'actionnaire majoritaire) que la résolution a été adoptée. Cette conduite de la société, qui contrevient à des dispositions expresses de la loi, de ses statuts et de ses règlements, a été préjudiciable à M : elle l'a dépouillé illégalement de son statut d'actionnaire. Et il est difficile d'imaginer conduite plus abusive d'une société par actions à l'endroit d'un actionnaire que celle de le priver de ce statut.

The conduct of a corporation that approves a transfer of shares without making any inquiries and that confuses its interests with those of its majority shareholder, as if it were a mere puppet, is not less oppressive simply because another shareholder at some point expressed an intention to withdraw from the corporation without there being any agreement on the terms of such a withdrawal.

Furthermore, the trial judge did not find that the corporation's shareholders had agreed on a transfer of shares. The interpretation to the effect that he did so find denotes a fragmented reading of the trial judge's reasons and distorts his conclusions. The trial judge instead concluded that, given that M's shares had been issued on condition that he guarantee the corporation's debts, the intention he expressed of withdrawing from the corporation was sufficient for him to be stripped of his status as a shareholder. It is inaccurate to say that the trial judge's finding that the shares had been transferred was independent of their having been issued conditionally.

The parties characterized the agreement that was alleged to have been entered into by the corporation's shareholders in several different ways, at times as a conditional issuance of shares, at times as a retroactive cancellation and at times as a contract of sale or a contract of gift. This reflects a more fundamental problem, namely that, without some speculation, no intention in this regard can be found in the evidence. Indeed, the difficulty the courts below had in characterizing the alleged agreement resulted from the fact that there was no evidence of the juridical operation contemplated by the corporation's shareholders on May 25, 2005 that allegedly resulted in the transfer of M's shares.

Moreover, it is impossible to find, as a matter of law, that M transferred his shares on May 25, 2005. Whatever conclusion might be reached about the credibility of the witnesses in this regard, the intention expressed by M of withdrawing from the corporation had no effect on his rights as a shareholder. In this case, the intention expressed by M was at most an invitation to contract.

The analysis that is required in the circumstances cannot disregard the interplay between Quebec civil law and the *CBCA*. It is contrary to basic principles of Quebec civil law to argue that the intention expressed by M in this case resulted in an agreement of wills even though there was no agreement on the juridical operation being contemplated. To conclude that the expression of such an intention bars M's claim for oppression — thereby approving after the fact the transfer registered by the corporation in

La conduite d'une société qui avalise un transfert d'actions sans vérification aucune, et qui confond ses intérêts avec ceux de son actionnaire majoritaire comme si elle n'était qu'une simple marionnette, n'est pas moins abusive seulement parce que, à un certain moment donné, un coactionnaire a exprimé son intention de se retirer de la société, sans qu'il y ait eu entente quant aux modalités d'un tel retrait.

Par ailleurs, le premier juge n'a pas conclu que les actionnaires de la société s'étaient entendus afin de procéder à un transfert d'actions. Cette interprétation dénote une lecture parcellaire du jugement de première instance et en dénature les conclusions. Le juge de première instance a plutôt conclu que l'intention exprimée par M de se retirer de la société, dans la mesure où ses actions avaient été émises conditionnellement à ce qu'il garantisse le passif de la société, était suffisante pour le dépouiller de son statut d'actionnaire. Il n'est pas exact en l'espèce d'affirmer que le juge de première instance a conclu à la cession des actions, indépendamment du caractère conditionnel de leur émission.

Les parties ont qualifié l'entente qui serait intervenue entre les actionnaires de la société de maintes façons, y voyant tantôt une émission conditionnelle, tantôt une annulation rétroactive, tantôt un contrat de vente ou de donation. Cela traduit un problème plus fondamental : le fait que, sauf conjecture, aucune intention à cet effet ne ressort de la preuve. En fait, la difficulté éprouvée par les juridictions inférieures à qualifier la prétendue entente résulte du fait que la preuve est muette sur l'opération juridique qui aurait été envisagée par les actionnaires de la société le 25 mai 2005 et qui aurait eu comme résultat le transfert de ses actions.

Il est d'ailleurs impossible de conclure en droit que M a transféré ses actions le 25 mai 2005. En effet, peu importe la conclusion quant à la crédibilité des témoins à cet égard, l'intention manifestée par M de se retirer de la société était sans effet sur ses droits en tant qu'actionnaire. En l'espèce, l'intention exprimée par M constituait tout au plus une invitation à contracter.

L'analyse qui s'impose dans les circonstances ne peut ignorer l'interaction du droit civil québécois avec la *LCSA*. Soutenir que l'intention exprimée par M en l'espèce donnait lieu à un accord de volontés, et ce, malgré l'absence d'entente quant à l'opération juridique projetée, va à l'encontre de principes élémentaires du droit civil québécois. Conclure que l'expression d'une telle intention constitue une fin de non-recevoir au recours pour abus de M — avalisant ainsi a posteriori le transfert

its registers — is contrary to the law, to fairness and to common sense.

In addition to having no basis in law, the finding that M had expressed his intention of withdrawing as a shareholder and had transferred his shares in May 2005 is not supported by the evidence and is thus based on palpable and overriding errors. The trial judge erred in rejecting M's testimony in this regard, since he did so on the basis of an unreasonable interpretation of several pieces of evidence in the record. At most, the evidence shows that M expressed an intention to divest himself of his shares, but no agreement was reached on how he would dispose of them.

Finally, the prescription period applicable to a claim under s. 241 of the *CBCA* will depend on the basis for the claim. Where — as in this case — the complainant has been acknowledged to be a shareholder at some point and is claiming to have been unlawfully stripped of shareholder status by the corporation, the claim is therefore imprescriptible.

#### Cases Cited

By Cromwell J.

**Applied:** *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*, 2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560; **referred to:** *Premier Tech ltée v. Dollo*, 2015 QCCA 1159, leave to appeal refused, 2016 CanLII 21792; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Stein v. The Ship “Kathy K”*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd.*, 2000 SCC 12, [2000] 1 S.C.R. 298; *Martin v. Dupont*, 2016 QCCA 475; *Inspecteur général des institutions financières v. Assurances funéraires Rousseau et frère Ltée*, [1990] R.R.A. 473.

By McLachlin C.J.

**Applied:** *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*, 2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560.

By Côté J. (dissenting)

*Smith v. Gow-Ganda Mines, Ltd.* (1911), 44 S.C.R. 621; *Budd v. Gentra Inc.* (1998), 111 O.A.C. 288; *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*, 2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560; *Journet v. Superchef Food Industries Ltd.*, [1984] C.S. 916; *Martin v. Dupont*, 2016 QCCA 475; *Paré v. Paré (Succession de)*, 2014 QCCA 1138; *Grusk v. Sparling* (1992), 44 Q.A.C. 219; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Bénard v. Gagnon*,

inscrit par la société dans ses registres — heurte la loi, l'équité et le sens commun.

La conclusion suivant laquelle M aurait exprimé son intention de se retirer en tant qu'actionnaire et aurait transféré ses actions en mai 2005, en plus de n'avoir aucun fondement en droit, ne trouve aucune assise dans la preuve et repose donc sur des erreurs manifestes et dominantes. Lorsque le juge de première instance rejette le témoignage de M à cet égard, il commet une erreur puisqu'il le fait en s'appuyant sur une interprétation déraisonnable de plusieurs pièces versées au dossier. Tout au plus, la preuve démontre qu'une intention de se départir de ses actions a été exprimée par M, sans toutefois qu'il n'y ait eu d'entente quant à la façon dont il disposerait de ses actions.

Enfin, le délai de prescription applicable au recours exercé en application de l'art. 241 de la *LCSA* dépendra du fondement du recours. Lorsque le statut d'actionnaire a été à un moment reconnu au plaignant — comme c'est le cas en l'espèce —, et que celui-ci prétend que la société l'en a illégalement dépourvu, le recours est alors imprescriptible.

#### Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell

**Arrêt appliqué :** *BCE Inc. c. Détenteurs de débetures de 1976*, 2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560; **arrêts mentionnés :** *Premier Tech ltée c. Dollo*, 2015 QCCA 1159, autorisation d'appel refusée, 2016 CanLII 21792; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Ingles c. Tutkaluk Construction Ltd.*, 2000 CSC 12, [2000] 1 R.C.S. 298; *Martin c. Dupont*, 2016 QCCA 475; *Inspecteur général des institutions financières c. Assurances funéraires Rousseau et frère Ltée*, [1990] R.R.A. 473.

Citée par la juge en chef McLachlin

**Arrêt appliqué :** *BCE Inc. c. Détenteurs de débetures de 1976*, 2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560.

Citée par la juge Côté (dissidente)

*Smith c. Gow-Ganda Mines, Ltd.* (1911), 44 R.C.S. 621; *Budd c. Gentra Inc.* (1998), 111 O.A.C. 288; *BCE Inc. c. Détenteurs de débetures de 1976*, 2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560; *Journet c. Superchef Food Industries Ltd.*, [1984] C.S. 916; *Martin c. Dupont*, 2016 QCCA 475; *Paré c. Paré (Succession de)*, 2014 QCCA 1138; *Grusk c. Sparling* (1992), 44 C.A.Q. 219; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Bénard*

2002 CanLII 23768, aff'd 2004 CanLII 73057; *Regroupement des marchands actionnaires inc. v. Métro Inc.*, 2011 QCCS 2389; *Greenberg v. Gruber*, 2004 CanLII 14882.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting the legal publicity of enterprises*, CQLR, c. P-44.1.  
*Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44, ss. 24(4), 25(3), 34, 39(6), 49(4)(a), (13), 50(1)(c), 53(d), 60(1), 64, 65(3), 76, 79(1)(a), 115(3), 117(1), 118(7), 119(3), 121(a), 146, 238, 241, 243, 247.  
*Civil Code of Québec*, arts. 1378, 1381, 1414, 1416, 1422, 1824, 1825, 2922, 2925, 2927.

### Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd., par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.  
 Campion, John A., Stephanie A. Brown and Alistair M. Crawley. "The Oppression Remedy: Reasonable Expectations of Shareholders", in *Law of Remedies: Principles and Proofs*, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995, 229.  
 Crête, Raymonde, et Stéphane Rousseau. *Droit des sociétés par actions*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 2011.  
 Gaudet, Serge. "Inexistence, nullité et annulabilité du contrat: essai de synthèse" (1995), 40 *McGill L.J.* 291.  
 Hansmann, Henry, Reinier Kraakman and Richard Squire. "The New Business Entities in Evolutionary Perspective", [2005] *U. Ill. L. Rev.* 5.  
 Karim, Vincent. *Les obligations*, 4<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2015.  
 Koehnen, Markus. *Oppression and Related Remedies*. Toronto: Thomson/Carswell, 2004.  
 Lafond, Pierre-Claude. *Précis de droit des biens*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 2007.  
 Lamontagne, Denys-Claude. *Biens et propriété*, 7<sup>e</sup> éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2013.  
 Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 2012.  
 Martel, Paul. *Business Corporations in Canada: Legal and Practical Aspects*. Toronto: Thomson Reuters, 2005 (loose-leaf updated 2016, release 6).  
 Morritt, David S., Sonia L. Bjorkquist and Allan D. Coleman. *The Oppression Remedy*. Toronto: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated December 2015, release 17).

*c. Gagnon*, 2002 CanLII 23768, conf. par 2004 CanLII 73057; *Regroupement des marchands actionnaires inc. c. Métro Inc.*, 2011 QCCS 2389; *Greenberg c. Gruber*, 2004 CanLII 14882.

### Lois et règlements cités

*Code civil du Québec*, art. 1378, 1381, 1414, 1416, 1422, 1824, 1825, 2922, 2925, 2927.  
*Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44, art. 24(4), 25(3), 34, 39(6), 49(4)(a), (13), 50(1)(c), 53d, 60(1), 64, 65(3), 76, 79(1)(a), 115(3), 117(1), 118(7), 119(3), 121a), 146, 238, 241, 243, 247.  
*Loi sur la publicité légale des entreprises*, RLRQ, c. P-44.1.

### Doctrine et autres documents cités

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd., par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013.  
 Campion, John A., Stephanie A. Brown and Alistair M. Crawley. « The Oppression Remedy : Reasonable Expectations of Shareholders », in *Law of Remedies : Principles and Proofs*, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, Scarborough (Ont.), Carswell, 1995, 229.  
 Crête, Raymonde, et Stéphane Rousseau. *Droit des sociétés par actions*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2011.  
 Gaudet, Serge. « Inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse » (1995), 40 *R.D. McGill* 291.  
 Hansmann, Henry, Reinier Kraakman and Richard Squire. « The New Business Entities in Evolutionary Perspective », [2005] *U. Ill. L. Rev.* 5.  
 Karim, Vincent. *Les obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015.  
 Koehnen, Markus. *Oppression and Related Remedies*, Toronto, Thomson/Carswell, 2004.  
 Lafond, Pierre-Claude. *Précis de droit des biens*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2007.  
 Lamontagne, Denys-Claude. *Biens et propriété*, 7<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013.  
 Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2012.  
 Martel, Paul. *La société par actions au Québec*, vol. I, *Les aspects juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011 (feuilles mobiles mises à jour juin 2016, envoi n° 97).  
 Morritt, David S., Sonia L. Bjorkquist and Allan D. Coleman. *The Oppression Remedy*, Toronto, Canada

Peterson, Dennis H., and Matthew J. Cumming. *Shareholder Remedies in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009 (loose-leaf updated August 2016, release 39).

Wegenast, F. W. *The Law of Canadian Companies*. Toronto: Carswell, 1979 (reissue of 1931 ed.).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Vézina, Gagnon and St-Pierre JJ.A.), 2014 QCCA 1515, [2014] AZ-51101093, [2014] J.Q. n° 8429 (QL), 2014 CarswellQue 10625 (WL Can.), affirming a decision of Poirier J., 2012 QCCS 1640, [2012] AZ-50849648, [2012] J.Q. n° 3574 (QL), 2012 CarswellQue 3855 (WL Can.). Appeal dismissed, Côté J. dissenting.

*Claude Marseille, Paul Martel and Caroline Dion*, for the appellant.

*Hubert Camirand and Marie-Geneviève Masson*, for the respondent.

The judgment of Abella, Cromwell, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ. was delivered by

CROMWELL J. —

## I. Introduction

[1] In this oppression proceeding under the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44 (“CBCA”), the underlying question is whether, as the appellant, Johnny Mennillo, alleges, the business or affairs of Intramodal inc. were carried on or conducted in a manner that was oppressive or unfairly prejudicial to or unfairly disregarded Mr. Mennillo’s interests: s. 241(2) CBCA.

[2] The informal manner in which the parties dealt with each other and their lack of attention to proper documentation gave rise to some technical points of corporate law including how a share transfer can be properly registered and how a share

Law Book, 2004 (loose-leaf updated December 2015, release 17).

Peterson, Dennis H., and Matthew J. Cumming. *Shareholder Remedies in Canada*, 2nd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2009 (loose-leaf updated August 2016, release 39).

Wegenast, F. W. *The Law of Canadian Companies*, Toronto, Carswell, 1979 (reissue of 1931 ed.).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Vézina, Gagnon et St-Pierre), 2014 QCCA 1515, [2014] AZ-51101093, [2014] J.Q. n° 8429 (QL), 2014 CarswellQue 10625 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Poirier, 2012 QCCS 1640, [2012] AZ-50849648, [2012] J.Q. n° 3574 (QL), 2012 CarswellQue 3855 (WL Can.). Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente.

*Claude Marseille, Paul Martel et Caroline Dion*, pour l’appelant.

*Hubert Camirand et Marie-Geneviève Masson*, pour l’intimée.

Version française du jugement des juges Abella, Cromwell, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown rendu par

LE JUGE CROMWELL —

## I. Introduction

[1] La question qui, aux fins du présent pourvoi, sous-tend le recours pour abus intenté sur le fondement de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44 (« LCSA »), est celle de savoir si, comme l’allègue l’appelant, Johnny Mennillo, Intramodal inc. a abusé des droits de ce dernier ou s’est montrée injuste à son égard en lui portant préjudice ou en ne tenant pas compte de ses intérêts, par la façon dont elle a conduit ses activités commerciales ou ses affaires internes (par. 241(2) de la LCSA).

[2] Le caractère informel des rapports entre les parties et le peu d’attention que ces dernières ont porté à l’établissement des documents requis soulèvent certains points techniques du droit des sociétés, notamment en ce qui concerne la manière dont

transfer may be cancelled. However, the answer to the fundamental question of whether Mr. Mennillo was oppressed in the corporate law sense turns on which of two sharply different versions of the facts — one supported by Mr. Mennillo and the other by Intramodal’s controlling shareholder, Mario Rosati — ought to be accepted.

[3] Mr. Mennillo claims that he was oppressed because he was an investor in Intramodal who was frozen out of equity participation by Mr. Rosati. Intramodal denies this and says that Mr. Mennillo, far from having been frozen out of the corporation, wanted to be removed as a director and shareholder and transferred his shares to Mr. Rosati.

[4] The trial judge completely rejected Mr. Mennillo’s version of events and substantially accepted Intramodal’s. The judge found that Mr. Mennillo agreed that he would remain a shareholder only so long as he was willing to guarantee the corporation’s debts. He ultimately decided that he did not wish to do so and transferred his shares to Mr. Rosati. The failure to observe the formalities necessary to complete the transfer of the shares, the judge found, resulted from an error or oversight on the part of Mr. Rosati’s lawyer.

[5] If the trial judge’s findings of fact are accepted, as in my view they ought to be, Mr. Mennillo’s oppression claim is groundless. The critical finding is that Mr. Mennillo did not wish to remain a shareholder and told Mr. Rosati to have him removed as such. On those findings, all the corporation can be accused of is sloppy paperwork. But sloppy paperwork on its own does not constitute oppression. Neither does the corporation and its controlling shareholder treating Mr. Mennillo exactly as he wanted to be treated. While some errors were made in the courts below on some points of corporate law, Mr. Mennillo’s oppression claim was properly dismissed and I would dismiss his appeal.

un transfert d’actions peut être inscrit régulièrement ou annulé. Toutefois, la question fondamentale de savoir si M. Mennillo a fait l’objet d’un abus au sens du droit des sociétés dépend de la version des faits que l’on retient entre les deux, nettement différentes, offertes par M. Mennillo et Mario Rosati, l’actionnaire contrôlant d’Intramodal.

[3] M. Mennillo allègue l’abus de ses droits. Investisseur dans Intramodal, il aurait été exclu de toute participation au capital par M. Rosati. Intramodal nie l’abus et affirme que, loin d’avoir été évincé de la société, M. Mennillo ne voulait plus faire partie de ses administrateurs et de ses actionnaires et a transféré ses actions à M. Rosati.

[4] Le juge de première instance rejette en bloc la version des faits de M. Mennillo et retient essentiellement celle d’Intramodal. À son avis, M. Mennillo a convenu qu’il ne demeurerait actionnaire que tant qu’il serait disposé à garantir le passif de la société. Finalement, M. Mennillo y a renoncé et a transféré ses actions à M. Rosati. De l’avis du juge, ce serait une erreur ou un oubli de la part de l’avocat de M. Rosati qui expliquerait l’inobservation des formalités nécessaires pour mener à bien le transfert des actions.

[5] Si les conclusions de fait du juge de première instance sont justes, comme j’estime qu’elles le sont, le recours pour abus de M. Mennillo est sans fondement. Selon la conclusion cruciale, M. Mennillo n’a pas souhaité demeurer actionnaire et a demandé à M. Rosati de faire en sorte qu’il ne le soit plus. Partant, la seule chose que l’on peut reprocher à la société est de ne pas avoir observé les formalités. Or, cette inobservation ne saurait en soi constituer de l’abus. La façon dont la société et son actionnaire contrôlant ont considéré M. Mennillo, c’est-à-dire exactement comme il le voulait, ne saurait non plus constituer de l’abus. Bien que les juridictions inférieures aient commis des erreurs sur des points touchant au droit des sociétés, j’estime que l’allégation d’abus a été rejetée à raison et je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

## II. Overview of the Legal Context, Parties' Positions and Issues

### A. *Legal Context*

[6] To understand the facts and issues, it is important to understand the legal framework in which they must be considered.

[7] All of the relief requested by Mr. Mennillo is based solely on his claim of oppression under s. 241 of the *CBCA*. Other claims that he might have made, but did not make, are irrelevant to this appeal and cannot be considered. That section provides:

**241 (1)** A complainant may apply to a court for an order under this section.

**(2)** If, on an application under subsection (1), the court is satisfied that in respect of a corporation or any of its affiliates

**(a)** any act or omission of the corporation or any of its affiliates effects a result,

**(b)** the business or affairs of the corporation or any of its affiliates are or have been carried on or conducted in a manner, or

**(c)** the powers of the directors of the corporation or any of its affiliates are or have been exercised in a manner

that is oppressive or unfairly prejudicial to or that unfairly disregards the interests of any security holder, creditor, director or officer, the court may make an order to rectify the matters complained of.

[8] The Court set out the nature and constituent elements of an oppression claim in *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*, 2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560, at paras. 53-94. The oppression remedy is inspired by the principles of equity: it gives courts a

## II. Aperçu du contexte juridique, des thèses des parties et des questions en litige

### A. *Contexte juridique*

[6] Pour bien comprendre les faits et les questions en litige, il importe de préciser le contexte juridique dans lequel ils doivent être examinés.

[7] Le redressement demandé par M. Mennillo prend entièrement appui sur son allégation d'abus formulée en application de l'art. 241 de la *LCSA*. Les autres allégations qu'il aurait pu formuler, mais qu'il n'a pas formulées, sont sans pertinence et ne peuvent être prises en compte. Voici le texte de cette disposition :

**241 (1)** Tout plaignant peut demander au tribunal de rendre les ordonnances visées au présent article.

**(2)** Le tribunal saisi d'une demande visée au paragraphe (1) peut, par ordonnance, redresser la situation provoquée par la société ou l'une des personnes morales de son groupe qui, à son avis, abuse des droits des détenteurs de valeurs mobilières, créanciers, administrateurs ou dirigeants, ou, se montre injuste à leur égard en leur portant préjudice ou en ne tenant pas compte de leurs intérêts :

**a)** soit en raison de son comportement;

**b)** soit par la façon dont elle conduit ses activités commerciales ou ses affaires internes;

**c)** soit par la façon dont ses administrateurs exercent ou ont exercé leurs pouvoirs.

[8] Dans l'arrêt *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*, 2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560, par. 53-94, la Cour fait état de la nature de l'allégation d'abus et de ses composantes. Le recours pour abus s'inspire des principes d'équité : le tribunal se

broad jurisdiction to enforce “not just what is legal but what is fair” (para. 58; see also *Premier Tech ltée v. Dollo*, 2015 QCCA 1159, leave to appeal refused, 2016 CanLII 21792 (S.C.C.)). Whether there has been oppression is judged according to “business realities” not “narrow legalities”: *BCE*, at para. 58. Furthermore, “[w]hat is just and equitable is judged by the reasonable expectations of the stakeholders in the context and in regard to the relationships at play”: para. 59.

[9] There are two elements of an oppression claim. The claimant must first “identify the expectations that he or she claims have been violated . . . and establish that the expectations were reasonably held”: *BCE*, at para. 70. Then the claimant must show that those reasonable expectations were violated by conduct falling within the statutory terms, that is, conduct that was oppressive, unfairly prejudicial to or unfairly disregarding of the interests of any security holder: para. 68; s. 241(2) *CBCA*.

[10] According to the trial judge’s findings of fact, Mr. Mennillo agreed that he would remain a shareholder of the corporation on the condition that he guarantee its debts. He decided that he no longer wished to guarantee those debts and transferred his shares to Mr. Rosati. He could, therefore, have no reasonable expectation of being treated as a shareholder thereafter. He also could be thought to reasonably expect the corporation to ensure that the corporate formalities to register this arrangement would be observed. But the failure to do so (i.e. the conduct that “violated” those expectations) cannot be characterized as “oppressive, unfairly prejudicial or unfairly disregarding” of his interests. This was a two-person, private company in which the dealings between the parties were marked by extreme informality. As this Court said in *BCE*, “[c]ourts may accord more latitude to the directors of a small, closely held corporation to deviate from strict formalities than to the directors of a larger public company”: para. 74. In substance, Mr. Mennillo was not oppressed but treated as he wanted the corporation to treat him. The failure of the company’s lawyer to

voit conférer le vaste pouvoir d’imposer « le respect non seulement du droit, mais [aussi] de l’équité » (par. 58; voir aussi *Premier Tech ltée c. Dollo*, 2015 QCCA 1159, autorisation de pourvoi refusée (2016 CanLII 21792 (C.S.C.)). L’existence d’un abus tient à la « réalité commerciale », pas seulement aux « considérations strictement juridiques » (*BCE*, par. 58). En outre, le tribunal détermine ce qui est juste et équitable « selon les attentes raisonnables des parties intéressées en tenant compte du contexte et des rapports en jeu » (par. 59).

[9] Deux choses incombent à celui qui allègue l’abus. D’abord, il doit « préciser quelles attentes ont censément été frustrées [. . .] et en établir le caractère raisonnable » (*BCE*, par. 70). Ensuite, il doit démontrer que ces attentes raisonnables ont été frustrées par un comportement visé par le libellé de la loi, à savoir le fait d’abuser des droits d’un détenteur de valeurs mobilières ou de se montrer injuste à son égard en lui portant préjudice ou en ne tenant pas compte de ses intérêts (par. 68; par. 241(2) de la *LCSA*).

[10] Suivant les conclusions de fait du juge de première instance, M. Mennillo avait convenu qu’il demeurerait actionnaire de la société à la condition d’en garantir le passif. Il avait ensuite fait savoir qu’il ne souhaitait plus être garant de ce passif et il avait cédé ses actions à M. Rosati. Il ne pouvait donc pas raisonnablement s’attendre à être considéré comme un actionnaire par la suite. Il était par contre concevable qu’il s’attende raisonnablement à ce que la société s’assure de l’observation des formalités alors requises pour inscrire l’accord. Mais l’omission de la société de s’en assurer (soit le comportement par lequel elle a « frustré » les attentes de l’intéressé) ne saurait être assimilée au fait d’abuser des droits de M. Mennillo ou de se montrer injuste à son égard en lui portant préjudice ou en ne tenant pas compte de ses intérêts. La société en cause était une société fermée constituée de deux personnes dont les rapports entre elles se caractérisaient par une absence totale de formalisme. Comme le dit la Cour dans *BCE*, « [i]l est possible que les tribunaux accordent une plus grande latitude pour déroger à des formalités strictes aux administrateurs d’une

comply with the corporate law requirements to give effect to that intention is not oppression.

[11] Contrary to what my colleague Justice Côté concludes, the fact that a corporation fails to comply with the requirements of the *CBCA* does not, on its own, constitute oppression: paras. 166 and 195. The oppression remedy is a discretionary one that is equitable in nature: D. S. Morritt, S. L. Bjorkquist and A. D. Coleman, *The Oppression Remedy* (loose-leaf), at p. 5-10.4; D. H. Peterson and M. J. Cumming, *Shareholder Remedies in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), at p. 17-14. What may trigger the remedy is conduct that frustrates reasonable expectations, not simply conduct that is contrary to the *CBCA*. As I see it, my colleague's approach not only represents a significant departure from our jurisprudence, but as applied here permits Mr. Mennillo to use oppression proceedings as an instrument of oppression rather than as a remedy for it.

#### B. *Parties' Positions*

[12] Mr. Mennillo submits that he was unlawfully removed from the list of shareholders of the corporation through an amended declaration filed with the Registraire des entreprises of Quebec ("REQ") on July 18, 2005. He also argues that as a shareholder, he had the right to access the corporate records of the company during the usual business hours, a right which was denied to him until the fourth day of the trial in the Superior Court. Simply put, his oppression claim is that he is a shareholder and investor who was frozen out of the corporation.

[13] For its part, Intramodal says that Mr. Mennillo resigned as a director, asked not to be a shareholder and transferred his shares to Mr. Rosati. His advances of funds were fully repaid with a healthy bonus. Putting the corporation's position in its simplest terms, Mr. Mennillo did not want to be an equity shareholder and, as we shall see, he is no longer one.

petite société fermée qu'à ceux d'une société ouverte de plus grande taille » (par. 74). En somme, M. Mennillo n'a pas été victime d'abus, mais a été traité par la société comme il l'avait souhaité. Le fait que l'avocat de celle-ci n'a pas observé les formalités du droit des sociétés pour donner effet à cette volonté ne constitue pas de l'abus.

[11] Contrairement à ce que conclut ma collègue la juge Côté, l'inobservation des formalités de la *LCSA* par une société ne constitue pas en soi de l'abus (par. 166 et 195). Le recours pour abus est de nature discrétionnaire et a pour assise l'équité (D. S. Morritt, S. L. Bjorkquist et A. D. Coleman, *The Oppression Remedy* (feuilles mobiles), p. 5-10.4; D. H. Peterson et M. J. Cumming, *Shareholder Remedies in Canada* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 17-14). Peut ouvrir droit au recours le comportement qui frustre l'attente raisonnable, mais pas celui qui est seulement contraire à la *LCSA*. J'estime que non seulement l'approche de ma collègue rompt sensiblement avec la jurisprudence de la Cour, mais aussi que, en l'espèce, elle permet à M. Mennillo de faire du recours pour abus un instrument d'abus plutôt que de redressement.

#### B. *Thèses des parties*

[12] M. Mennillo soutient qu'Intramodal a illégalement rayé son nom de la liste des actionnaires dans une déclaration modificative déposée auprès du Registraire des entreprises du Québec (« REQ ») le 18 juillet 2005. Il prétend par ailleurs que, en tant qu'actionnaire, il avait le droit de consulter les registres de la société pendant les heures normales de bureau, mais qu'on lui a refusé l'exercice de ce droit jusqu'au quatrième jour du procès en Cour supérieure. Autrement dit, il s'agirait d'un actionnaire et investisseur qu'on aurait évincé de la société.

[13] Intramodal rétorque que M. Mennillo a démissionné de son poste d'administrateur, qu'il a demandé à ne plus être actionnaire et qu'il a cédé ses actions à M. Rosati. Il y a eu remboursement intégral des sommes avancées par M. Mennillo et versement d'une prime généreuse à ce dernier. L'entreprise soutient en somme que M. Mennillo ne voulait pas être un actionnaire participatif et, comme nous le verrons, qu'il ne l'est plus.

*C. Issues*

[14] Putting aside questions of prescription and remedy, Mr. Mennillo raises two legal points and one factual point on appeal.

[15] In relation to the law, he maintains:

- (a) The trial judge erred in finding that he had transferred his shares to Mr. Rosati when no such transfer was validly effected in law (2012 QCCS 1640); and
- (b) The majority of the Court of Appeal erred in concluding that a share subscription could be retroactively cancelled by simple verbal agreement and without complying with the required legal formalities (2014 QCCA 1515).

[16] In relation to the facts, Mr. Mennillo relies on the conclusions of the dissenting judge in the Court of Appeal and says that the trial judge erred in rejecting his claim that he is a shareholder of the corporation.

[17] I agree with Mr. Mennillo in relation to the second legal point relating to corporate law. However, this point has no impact on the result of the oppression proceedings. The trial judge found that in May 2005, Mr. Mennillo did not want to remain a shareholder because he no longer wanted to be guarantor of all Intramodal's debts. Some corporate formalities of the transfer of shares from Mr. Mennillo to Mr. Rosati were not completed as a result of an error or oversight on the part of Mr. Rosati's lawyer. From that date, Mr. Mennillo agreed to be simply a lender to his friend Mr. Rosati. As of May 25, 2005, Mr. Mennillo ceased to be a shareholder in the corporation. That is exactly how the corporation treated him. In my view, the dissenting justice in the Court of Appeal was wrong to overturn these findings of fact. There was, to be sure, some very sloppy paperwork. But in light of the key findings of fact, the corporation in substance simply treated Mr. Mennillo as he wanted to be treated and he was repaid all of the money he had loaned with a substantial bonus.

*C. Questions en litige*

[14] M. Mennillo soulève en appel deux points de droit et un point de fait sur lesquels je me penche sans égard aux questions de prescription et de redressement.

[15] S'agissant du droit, il fait valoir ce qui suit :

- a) Le juge de première instance conclut à tort qu'il a cédé ses actions à M. Rosati alors qu'aucun transfert valable en droit n'a été effectué (2012 QCCS 1640);
- b) Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont tort de conclure qu'il est possible d'annuler rétroactivement une souscription d'actions par simple entente verbale, sans accomplir les formalités juridiques requises (2014 QCCA 1515).

[16] S'agissant des faits, M. Mennillo invoque les conclusions du juge dissident de la Cour d'appel et soutient que le juge de première instance rejette à tort sa prétention selon laquelle il est actionnaire de l'entreprise.

[17] Je donne raison à M. Mennillo quant au deuxième point qui touche au droit des sociétés, mais cela n'a aucune incidence sur l'issue du recours pour abus. Le juge de première instance conclut que, en mai 2005, M. Mennillo ne souhaitait plus être actionnaire, car il ne voulait plus être garant de la totalité du passif d'Intramodal. Certaines des formalités nécessaires au transfert des actions de M. Mennillo à M. Rosati n'ont pas été accomplies à cause d'une erreur ou d'un oubli de la part de l'avocat de M. Rosati. Dès ce moment, M. Mennillo a consenti à n'être qu'un simple prêteur vis-à-vis de son ami, M. Rosati. Le 25 mai 2005, M. Mennillo a cessé d'être actionnaire de la société et c'est exactement ainsi que la société l'a traité. À mon avis, le juge dissident de la Cour d'appel a tort d'infirmar ces conclusions de fait. Il y a certes eu un grand manque de formalisme, mais à la lumière de ces conclusions de fait cruciales, la société a pour l'essentiel simplement traité M. Mennillo comme il avait souhaité l'être et ce dernier a été remboursé de toutes les sommes prêtées en plus de toucher une prime substantielle.

### III. Analysis

#### A. *The Factual Issue*

##### (1) Preliminary Observations

[18] The main question on which the outcome of the appeal depends is whether the trial judge made a reviewable error in finding that in May 2005, Mr. Mennillo did not wish to remain a shareholder because he no longer wanted to be the guarantor of all of Intramodal's debts and transferred his shares to Mr. Rosati. If these factual findings stand, Mr. Mennillo's oppression action is groundless: it was not oppressive, unfairly prejudicial to, or unfairly disregarding of his interests for the corporation to treat Mr. Mennillo as he himself asked to be treated. I recall that, as the Court said in *BCE*, in considering a claim in oppression, the courts should look at business realities not merely narrow legalities: para. 58.

[19] The appeal also raises some points of corporate law and of the law of prescription. These legal points, however, have no bearing on the ultimate disposition of the appeal. I will briefly address them after I set out my reasons for affirming the trial judge's fundamental conclusions.

##### (2) Overview of the Basic Facts

[20] In the winter of 2004, Messrs. Johnny Mennillo and Mario Rosati, two friends, discussed the possibility of creating a company. Mr. Mennillo would contribute the money to start up the business while Mr. Rosati would bring skills to ensure the success of a road transportation company. Mr. Rosati reserved the name "Intramodal" in April 2004.

[21] Mr. Rosati had the company incorporated on July 13, 2004. That same day, Intramodal's board of directors passed a resolution to accept notices of subscription to securities by Mr. Rosati and Mr. Mennillo and to issue 51 class "A" shares to Mr. Rosati and 49 shares of the same class to Mr. Mennillo. Both the

### III. Analyse

#### A. *Le litige factuel*

##### (1) Remarques préliminaires

[18] L'objet principal du pourvoi est de savoir si le juge de première instance commet une erreur susceptible de contrôle lorsqu'il conclut que, en mai 2005, M. Mennillo ne souhaitait plus être actionnaire, car il ne voulait plus être garant de la totalité du passif d'Intramodal, de sorte qu'il a cédé ses actions à M. Rosati. Si ces conclusions de fait demeurent, le recours pour abus exercé par M. Mennillo est sans fondement : la société n'a pas abusé des droits de M. Mennillo et elle ne s'est pas montrée injuste à son égard en lui portant préjudice ou en ne tenant pas compte de ses intérêts puisqu'elle l'a traité comme il l'avait demandé. Rappelons que, comme le dit la Cour dans *BCE*, le tribunal saisi d'une allégation d'abus doit tenir compte de la réalité commerciale et pas seulement des considérations strictement juridiques (par. 58).

[19] Le pourvoi soulève par ailleurs quelques points en droit des sociétés ainsi qu'en droit de la prescription. Ces points de droit n'ont cependant aucune incidence sur l'issue du pourvoi. Je les examinerai brièvement une fois exposés les motifs pour lesquels je suis d'avis de confirmer les principales conclusions du juge de première instance.

##### (2) Aperçu des faits essentiels

[20] À l'hiver 2004, deux amis, MM. Mennillo et Rosati, ont envisagé la création d'une entreprise. M. Mennillo devait avancer les fonds de démarrage et M. Rosati, mettre ses compétences à contribution pour assurer la réussite d'une société de transport routier. En avril 2004, M. Rosati a réservé la dénomination « Intramodal ».

[21] Le 13 juillet 2004, M. Rosati constituait Intramodal en personne morale. Le même jour, le conseil d'administration d'Intramodal adoptait une résolution par laquelle les avis de souscription d'actions de MM. Rosati et Mennillo étaient acceptés et 51 actions de catégorie « A » étaient émises à M. Rosati,

notices of subscription and the resolution were signed by Mr. Rosati alone.

[22] It is worth mentioning at this point that many of the legal difficulties in this case have arisen as a result of the virtually complete lack of formality that accompanied the parties' business dealings. They rarely complied with the requirements of the *CBCA* and in fact almost never put anything in writing. They had neither a partnership nor a shareholders' agreement. They rarely or never exchanged emails or letters. Before Intramodal was incorporated, the roles that Messrs. Mennillo and Rosati respectively intended to fulfill in the company were agreed upon by a simple handshake. Once Intramodal was incorporated (on July 13, 2004), they became its directors and shareholders, but neither of them paid for their shares, contrary to the requirements of s. 25(3) *CBCA* and Mr. Mennillo's share certificate was never signed as required by s. 49(4)(a) *CBCA*.

[23] There was no written contract or indeed any other legal formality relating to Mr. Mennillo's advances of substantial amounts of money to Mr. Rosati. As evidence of the money provided for Intramodal by Mr. Mennillo, there are only two sheets of a Rolodex, marked up by Mr. Mennillo and initialed by Mr. Rosati.

[24] On May 25, 2005, Mr. Mennillo sent a letter to Intramodal in which he indicated that he was resigning as an officer and director of the company. He and Mr. Rosati give different accounts as to the reasons for and extent of his resignation. Whereas Intramodal argues that Mr. Mennillo transferred his shares to Mr. Rosati, Mr. Mennillo asserts that he never intended to stop being a shareholder of the company. On July 18, 2005, Daniel Ovidia, Intramodal's lawyer, filed an amending declaration with the REQ to indicate that Mr. Mennillo had been removed as a director and shareholder of the company.

[25] Between September 2005 and December 5, 2005, Mr. Mennillo advanced \$145,000 to

49 à M. Mennillo. Tant les avis de souscription que la résolution n'ont été signés que par M. Rosati.

[22] Il convient de mentionner que, dans la présente affaire, bon nombre des problèmes d'ordre juridique tiennent à l'absence quasi totale de formalisme dans les relations d'affaires. Les parties n'ont que rarement observé les exigences de la *LCSA* et n'ont en fait presque jamais rien consigné par écrit. Elles n'ont pas non plus conclu de contrat de société ou de convention d'actionnaires. Elles ont rarement échangé des courriels ou des lettres, ou ne l'ont jamais fait. Avant la constitution d'Intramodal, MM. Mennillo et Rosati convenaient par une simple poignée de main des fonctions de l'un et de l'autre dans l'entreprise. Une fois Intramodal constituée en société (le 13 juillet 2004), ils en sont devenus les administrateurs et les actionnaires, mais aucun n'a versé la somme nécessaire pour libérer ses actions, contrairement aux exigences du par. 25(3) de la *LCSA*. En outre, le certificat d'actions de M. Mennillo n'a jamais été signé comme l'exige l'al. 49(4)a) de la *LCSA*.

[23] Les avances de fonds substantielles de M. Mennillo à M. Rosati n'ont été constatées par aucun contrat écrit et n'ont d'ailleurs fait l'objet d'aucune autre formalité juridique. La preuve des sommes ainsi versées à Intramodal se résume à deux fiches de *Rolodex* annotées par M. Mennillo et paraphées par M. Rosati.

[24] Le 25 mai 2005, M. Mennillo a fait parvenir à Intramodal sa lettre de démission à titre d'administrateur et de dirigeant de la société. Les versions de MM. Mennillo et Rosati diffèrent tant sur les motifs de ce geste que sur sa portée. Intramodal soutient que M. Mennillo a transféré ses actions à M. Rosati, tandis que M. Mennillo affirme qu'il n'a jamais eu l'intention de cesser d'être actionnaire de la société. Le 18 juillet 2005, l'avocat d'Intramodal, M<sup>e</sup> Daniel Ovidia, a déposé auprès du REQ une déclaration modificative faisant état du retrait de M. Mennillo à titre d'administrateur et d'actionnaire de la société.

[25] Du mois de septembre 2005 au 5 décembre de la même année, M. Mennillo a avancé 145 000 \$

Mr. Rosati. Intramodal began operating in December 2005, and Mr. Mennillo continued to advance money to Mr. Rosati. The amounts he advanced totalled \$440,000, which included the \$145,000 that had been paid in 2005. The two men met on two occasions in July 2007, and they do not agree about what took place at those meetings.

[26] According to Mr. Mennillo, he was with Mr. Rosati and another friend at the Rib’N Reef restaurant on July 14, 2007 when he noted that Intramodal was thriving and Mr. Rosati was now living very well. Upset about this, Mr. Mennillo complained that he was not sharing in the company’s success. At a second meeting, on July 21, 2007, Mr. Mennillo asked that the amounts of his loans be repaid and that he receive his share of the profits generated by Intramodal. He rejected at that time an offer to transfer his shares to Mr. Rosati.

[27] According to Mr. Rosati, following the July 14 meeting, Mr. Mennillo was quite unhappy about having received no return on his \$440,000 investment that had resulted in the start-up of a lucrative business. Mr. Rosati suggested that they meet a week later to resolve their differences. At that meeting, Mr. Rosati asked Mr. Mennillo what amount might satisfy him in order to put an end to their dispute. Mr. Mennillo fixed the amount at \$150,000, which meant that the total debt amounted to \$690,000, including interest at the annual rate of 10 percent and a bonus of \$100,000.

[28] In October 2007, Mr. Rosati and Mr. Mennillo met several times together with Antoine Papadimitriou, Mr. Mennillo’s accountant. According to Mr. Mennillo, the purpose of these meetings was to fix a price for the redemption of his shares. He claimed that it was at these meetings that his advisers had suggested that his advances (\$440,000) be repaid using false invoices. Mr. Papadimitriou had also suggested that the \$440,000 principal amount be increased by approximately 35 percent because the tax owing on it would be paid by Mr. Mennillo’s management company, 147488 Canada Inc. This would raise the amount of the repayment to \$690,000.

à M. Rosati. Les activités d’Intramodal ont débuté en décembre 2005, et M. Mennillo a continué de verser des sommes à M. Rosati. Au total, il aura avancé 440 000 \$, ce qui comprend les 145 000 \$ déjà versés en 2005. En juillet 2007, les deux hommes se sont rencontrés deux fois, mais conservent chacun un souvenir différent de ces rencontres.

[26] Selon la version de M. Mennillo, c’est lors d’un repas avec M. Rosati et un autre ami, le 14 juillet 2007, au restaurant Rib’N Reef, qu’il aurait constaté qu’Intramodal était devenue prospère et que M. Rosati menait un grand train de vie. Contrarié par la situation, il se serait plaint de ne bénéficier aucunement de la réussite de l’entreprise. Lors de la seconde rencontre, le 21 juillet 2007, il aurait demandé le remboursement des sommes prêtées et le versement de sa part des profits d’Intramodal. Il aurait alors rejeté l’offre de transférer ses actions à M. Rosati.

[27] Selon la version de M. Rosati, après la rencontre du 14 juillet, M. Mennillo se serait montré assez mécontent de l’absence de rendement de son investissement de 440 000 \$, qui avait permis le démarrage d’une entreprise lucrative. M. Rosati aurait proposé une rencontre une semaine plus tard pour régler le différend puis, lors de cette rencontre, il aurait demandé à M. Mennillo de lui indiquer quel montant pourrait le satisfaire et mettre fin à la mésentente. M. Mennillo aurait alors fixé ce montant à 150 000 \$ de sorte que la créance totale s’élève à 690 000 \$, y compris l’intérêt au taux annuel de 10 p. 100 et une prime de 100 000 \$.

[28] En octobre 2007, de nombreuses rencontres ont eu lieu entre MM. Rosati et Mennillo et le comptable de ce dernier, Antoine Papadimitriou. Selon M. Mennillo, ces rencontres avaient pour but de fixer le prix de rachat de ses actions. Il prétend que c’est à l’occasion de ces rencontres que ses conseillers lui ont proposé d’obtenir le remboursement de ses avances (440 000 \$) au moyen de fausses factures. M. Papadimitriou aurait en outre proposé de majorer d’environ 35 p. 100 le capital de 440 000 \$ puisque cette somme serait imposée entre les mains de la société de gestion de M. Mennillo, 147488 Canada inc. Suivant ce scénario, le montant du remboursement se serait élevé à 690 000 \$.

[29] As for Mr. Rosati, he claims to have attended these meetings alone. He also claims that the purpose of the negotiations was instead to increase the amount of the repayment that had previously been agreed upon in July 2007. He maintains that Paolo Carzoli, a tax specialist, suggested that, to enable Mr. Mennillo to claim the capital gains exemption, the company's books be corrected such that Mr. Mennillo would receive 49 common shares, which he would then sell to Mr. Rosati. Mr. Rosati rejected this.

[30] The money Mr. Mennillo had advanced to Mr. Rosati was repaid in its entirety between July 2006 and December 7, 2009. This was done by means of cheques issued by Intramodal for the payment of false invoices issued by 147488 Canada Inc. for "consultation fees" or "management fees". The total amount paid by Intramodal to Mr. Mennillo's management company was \$690,000.

[31] On December 7, 2009, at a meeting in a restaurant, Mr. Rosati gave Mr. Mennillo a cheque for \$40,000 marked "Full and Final Payment". A few days later, Mr. Mennillo consulted his lawyer, Israel Kaufman, about this note. According to Mr. Mennillo, that was when he first understood that he was no longer a shareholder of Intramodal.

[32] On February 25, 2010, Mr. Kaufman sent Intramodal a demand letter. Claiming that Intramodal and Mr. Rosati had unduly and wrongfully stripped him of his status as a shareholder, Mr. Mennillo applied for an oppression remedy against Intramodal on September 7, 2010.

### (3) Findings of Fact at First Instance

[33] Poirier J. began by stating that the case before him essentially turned on the credibility of the witnesses. He then rejected Mr. Mennillo's version of the facts in its entirety. He concluded that as of May 25, 2005, Mr. Mennillo

[29] M. Rosati dit pour sa part s'être présenté seul à ces rencontres et que les négociations visaient plutôt à augmenter le montant du remboursement déjà convenu en juillet 2007. Afin que M. Mennillo puisse profiter de la déduction pour gains en capital, un avocat fiscaliste, M<sup>e</sup> Paolo Carzoli, lui aurait conseillé de rectifier les registres de la société de façon qu'il reçoive 49 actions ordinaires et les vende à M. Rosati, ce que ce dernier aurait refusé.

[30] Les avances de fonds de M. Mennillo à M. Rosati ont été entièrement remboursées entre le mois de juillet 2006 et le 7 décembre 2009. Le remboursement s'est fait par chèques d'Intramodal sur présentation de fausses factures établies par 147488 Canada inc. pour des « consultations » (« *consultations fees* ») ou de la « gestion » (« *management fees* »). La somme totale versée par Intramodal à la société de gestion de M. Mennillo se monte à 690 000 \$.

[31] Le 7 décembre 2009, lors d'une rencontre dans un restaurant, M. Rosati a remis à M. Mennillo un chèque de 40 000 \$ portant la mention « *Full and Final Payment* » (règlement total et définitif). Quelques jours plus tard, M. Mennillo a consulté son avocat, M<sup>e</sup> Israel Kaufman, au sujet de cette mention. C'est alors qu'il aurait compris qu'il n'était plus actionnaire d'Intramodal.

[32] Le 25 février 2010, M<sup>e</sup> Kaufman a fait parvenir une mise en demeure à Intramodal. Le 7 septembre 2010, M. Mennillo a intenté contre Intramodal un recours pour abus dans le cadre duquel il alléguait qu'Intramodal et M. Rosati l'avaient dépouillé indûment et illégalement de sa qualité d'actionnaire.

### (3) Conclusions de fait tirées en première instance

[33] Le juge Poirier affirme d'abord que l'issue de l'affaire dont il est saisi repose essentiellement sur la crédibilité des témoins, puis il rejette en bloc la version de M. Mennillo. Il conclut que, à compter du 25 mai 2005, M. Mennillo

[TRANSLATION] refused to participate in this venture [that is, to be an equity shareholder in Intramodal] and asked to be removed from the company as a shareholder and a director effective May 25, 2005. As of that date, Mennillo agreed only to be a lender of \$440,000 to his friend Rosati. The failure to complete the transfer of Mennillo's shares to Rosati resulted from an error or oversight on the part of Rosati's lawyer.

Since May 25, 2005, Mennillo has no longer been a shareholder or director of Intramodal. [paras. 74-75 (CanLII)]

[34] It is clear from a careful reading of the trial judge's reasons that he understood that Mr. Mennillo would cease to be a shareholder as a result of transferring his shares to Mr. Rosati. In the judge's view, Mr. Mennillo had more than a mere intention of being removed from the company; he found that Mr. Mennillo transferred his shares to Mr. Rosati and ceased to hold any shares in Intramodal. There was a basis for this conclusion in the evidence notwithstanding that the evidence was admittedly confused and confusing. However, the critical finding for the purposes of the substance of the oppression claim was that as of May 25, 2005, Mr. Mennillo did not wish to be a shareholder and asked to be removed. On that point, Mr. Rosati's evidence was unshaken and accepted by the trial judge.

[35] The judge's conclusions and his rejection of Mr. Mennillo's version of events were based on the following findings of fact:

- (i) The reason given by Mr. Mennillo for his resignation as a director of Intramodal (i.e. that Mr. Rosati didn't want a potential client, namely Labatt Breweries ("Labatt"), to know that Mr. Mennillo was involved in the corporation) was false.
- (ii) The funds advanced by Mr. Mennillo, starting before Intramodal had been incorporated, were loans and were not advanced as investments in the corporation.
- (iii) The figure 250,000 appearing on the "Rolodex record", which also showed all the amounts

a refusé cette aventure [soit le fait d'être actionnaire participatif d'Intramodal] et a demandé son retrait de la compagnie à titre d'actionnaire et d'administrateur à compter du 25 mai 2005. À compter de cette date, [M.] Mennillo a accepté de n'être que le prêteur d'une somme de 440 000 \$ à son ami [M.] Rosati. Le fait que la cession des actions de [M.] Mennillo à [M.] Rosati n'ait pas été complétée résulte de l'erreur ou l'oubli de la part de l'avocat de [M.] Rosati.

Depuis le 25 mai 2005, [M.] Mennillo n'est plus détenteur d'aucune action ni administrateur de Intramodal. [par. 74-75 (CanLII)]

[34] Il ressort de la lecture attentive de ses motifs que, pour le juge, M. Mennillo cessait d'être actionnaire dès le transfert de ses actions à M. Rosati. À son avis, M. Mennillo n'a pas seulement eu l'intention de se retirer de la société, mais a cédé ses actions à M. Rosati et cessé d'être actionnaire d'Intramodal. Cette conclusion a une assise dans la preuve même si, de l'avis de tous, cette dernière est confuse et source de confusion. Toutefois, selon la conclusion cruciale sur le bien-fondé de l'allégation d'abus, en date du 25 mai 2005, M. Mennillo ne souhaitait plus être actionnaire et a demandé son retrait. Sur ce point, le témoignage de M. Rosati demeure constant, et le juge y ajoute foi.

[35] Les conclusions du juge et le rejet par ce dernier de la version de M. Mennillo reposent sur le constat des faits suivants :

- (i) Le motif invoqué par M. Mennillo pour démissionner à titre d'administrateur d'Intramodal (à savoir que M. Rosati ne voulait pas que La Brasserie Labatt (« Labatt »), un client éventuel, sache que M. Mennillo avait des intérêts dans la société) était faux.
- (ii) Les sommes avancées par M. Mennillo avant la constitution en société d'Intramodal étaient des prêts, non des investissements dans la société.
- (iii) Le montant de 250 000 \$ qui figure sur le *Rolodex*, lequel fait état de toutes les sommes

- advanced by Mr. Mennillo, corresponded to the amount that Mr. Mennillo and Mr. Rosati had agreed on in July 2007 and that had served to establish the amount of the final payment (\$440,000 + \$250,000 = \$690,000).
- (iv) Two documents relating to an insurance policy taken out on the lives of Mr. Mennillo and Mr. Rosati, the beneficiary of which was Intramodal, proved, first, that Mr. Rosati believed as of August 15, 2006 that he was the sole shareholder and director of Intramodal and, second, that Mr. Mennillo was only a creditor of the company.
- (v) In a letter from Mr. Kaufman, Mr. Mennillo's lawyer, dated October 31, 2007, no mention was made of financing for the purchase of shares, as what was referred to was instead the acknowledgment of a debt.
- (vi) In a memorandum dated November 26, 2007, Mr. Carzoli, a tax adviser retained by Mr. Papadimitriou (Mr. Mennillo's accountant), described the ownership of shares in Intramodal as of the fall of 2007 and concluded from it that Mr. Mennillo was no longer a shareholder of the company at that time.
- (vii) The demand letter sent to Intramodal by Mr. Kaufman on February 25, 2010 showed that Mr. Mennillo knew he was no longer a shareholder and that this had been the case since May 2005, when he had resigned as a director and transferred his shares.
- (viii) As could be seen in Intramodal's books, there was a common shares certificate in Mr. Mennillo's name. However, it was not signed, and the same was true on the share transfer form on the back, which contained only the nominative information. These books also contained a resolution dated May 25, 2005 concerning the transfer of the shares from Mr. Mennillo to Mr. Rosati. If the transfer was not completed, this was the result of an error or oversight on the part of Mr. Rosati's lawyer.
- avancées par M. Mennillo, correspond à la somme dont ont convenu MM. Mennillo et Rosati en juillet 2007 et qui a servi à établir le montant du remboursement total (440 000 \$ + 250 000 \$ = 690 000 \$).
- (iv) Les deux documents relatifs à l'assurance contractée sur la vie de M. Mennillo et celle de M. Rosati et dont le bénéficiaire était Intramodal établissent, d'une part, que M. Rosati se croyait, depuis le 15 août 2006, seul actionnaire et administrateur d'Intramodal et, d'autre part, que M. Mennillo n'était que créancier de la société.
- (v) Dans une lettre de l'avocat de M. Mennillo, M<sup>e</sup> Kaufman, datée du 31 octobre 2007, il n'est nullement fait mention du financement d'un éventuel achat d'actions, mais plutôt d'une reconnaissance de dette.
- (vi) Dans un mémorandum en date du 26 novembre 2007, M<sup>e</sup> Carzoli, un avocat fiscaliste dont M. Papadimitriou (le comptable de M. Mennillo) retenait les services, décrit l'actionnariat d'Intramodal à l'automne 2007 et conclut que M. Mennillo n'est plus, à ce moment, actionnaire de la société.
- (vii) La mise en demeure transmise par M<sup>e</sup> Kaufman à Intramodal le 25 février 2010 montre que M. Mennillo savait qu'il n'était plus actionnaire, et ce, depuis mai 2005, lorsqu'il avait démissionné à titre d'administrateur et transféré ses actions.
- (viii) Les registres d'Intramodal révèlent l'existence d'un certificat d'actions ordinaires au nom de M. Mennillo. Or, celui-ci n'est pas signé, non plus que le formulaire de transfert d'actions figurant à l'endos, qui ne contient que des renseignements nominatifs. Par ailleurs, ces registres contiennent une résolution datée du 25 mai 2005 portant sur le transfert des actions de M. Mennillo à M. Rosati. Si le transfert des actions de M. Mennillo à M. Rosati n'a pas été effectué, c'est à cause d'une erreur ou d'un oubli de la part de l'avocat de M. Rosati.

(ix) An out-of-court examination of Mr. Mennillo on October 28, 2010 supported the view that he had acknowledged that he no longer wanted to be a shareholder of Intramodal as of May 2005. He mentioned several times in the course of that examination that he had removed himself as a shareholder of Intramodal, but then corrected himself to say that he had only resigned as a director. Moreover, the date he gave as the one at which he had learned he was no longer a shareholder was not the one specified in his motion to institute proceedings and also differed from the one specified in his affidavit of July 29, 2010. The trial judge found that a revelation as important as that should have made an impression on Mr. Mennillo.

(4) Mr. Mennillo's Position With Respect to These Findings

[36] Mr. Mennillo relies on the conclusions of the dissenting judge who found a number of errors in the reasoning of the trial judge which justified setting aside his findings of fact. I will consider each in turn.

(a) *The Reason Mr. Mennillo Gave for Resigning as a Director*

[37] The trial judge found that Mr. Mennillo's explanation of why he had resigned as a director in May 2005 was false.

[38] Mr. Mennillo's version was that Labatt wished to review Intramodal's books and to visit its premises. He said that his involvement with the company would not be favourable in Labatt's eyes because of his activities in hydroponic greenhouses and the sale of tobacco products. Mr. Mennillo placed this visit by Labatt at a time when Intramodal was acquiring important transportation equipment and he referred repeatedly in his testimony to the fact that Labatt would come to visit the premises.

[39] The trial judge found, however, that Mr. Mennillo's resignation could not have been linked to

(ix) L'interrogatoire préalable de M. Mennillo le 28 octobre 2010 confirme l'opinion selon laquelle ce dernier a reconnu avoir souhaité ne plus être actionnaire d'Intramodal à partir du mois de mai 2005. Lors de cet interrogatoire, il a mentionné à quelques reprises qu'il avait démissionné comme actionnaire d'Intramodal, pour se reprendre ensuite et affirmer que cette démission n'était qu'à titre d'administrateur. De plus, la date à laquelle il dit avoir appris qu'il n'était plus actionnaire ne correspond pas à celle indiquée dans sa requête introductive d'instance et diffère également de celle qui figure dans son affidavit du 29 juillet 2010. Selon le juge de première instance, le moment de cette révélation si importante aurait dû imprégner la mémoire de M. Mennillo.

(4) Thèse de M. Mennillo sur ces conclusions

[36] M. Mennillo invoque les conclusions du juge dissident de la Cour d'appel, à savoir que, dans ses motifs, le juge de première instance commet un certain nombre d'erreurs qui justifient l'infirmité de ses conclusions de fait. Je les examine tour à tour.

a) *Le motif invoqué par M. Mennillo pour démissionner à titre d'administrateur*

[37] Le juge de première instance conclut que le motif invoqué par M. Mennillo pour démissionner à titre d'administrateur en mai 2005 était faux.

[38] Selon M. Mennillo, Labatt voulait examiner les registres d'Intramodal et visiter ses locaux. Il dit que Labatt aurait vu d'un mauvais œil sa participation dans l'entreprise à cause de ses activités dans le domaine des serres hydroponiques et celui de la vente de produits du tabac. Il fait coïncider la visite des représentants de Labatt avec l'acquisition d'équipements de transport importants par Intramodal et il mentionne plusieurs fois dans son témoignage la visite des locaux d'Intramodal par Labatt.

[39] Le juge de première instance conclut cependant que la démission de M. Mennillo ne peut avoir

the examination of Intramodal's books by representatives of Labatt because at the time, Intramodal had no equipment or premises. In any case, Mr. Mennillo's explanation made no sense because his resignation as a director would not make him disappear from the corporation's books if, as he claimed, he was a shareholder. The judge also referred to the inconsistencies in Mr. Mennillo's evidence in relation to this resignation.

[40] The dissenting judge in the Court of Appeal found that the trial judge had erred by setting aside Mr. Mennillo's version of events. He reasoned that although Intramodal did not have any equipment, it was engaging in some public relations activities at the time of the proposed visit. He also thought that Mr. Mennillo's explanation made sense in light of the fact that Labatt would not likely be concerned if Mr. Mennillo's involvement was only as a minority shareholder and, in any event, the problem could have been resolved by Mr. Mennillo transferring his shares to his management company.

[41] Respectfully, there was no basis for the dissenting judge to set aside the trial judge's rejection of Mr. Mennillo's explanation of why he had resigned as a director. As the majority of the Court of Appeal pointed out, Mr. Mennillo linked Labatt's visit to a time when Intramodal was acquiring transportation equipment. But it was clear that Intramodal was not doing so in the time leading up to Mr. Mennillo's resignation in May 2005. I would add that Mr. Mennillo also linked the visit to a time when Labatt could visit the premises. But this made no sense because Intramodal had no premises as of the date of Mr. Mennillo's resignation as a director. Moreover, the trial judge made no error in concluding that if Mr. Mennillo stayed on as a shareholder, his involvement would be obvious not only from the books of the corporation but also from the public register.

[42] There was no clear and determinative error on the part of the trial judge with respect to this point.

été liée à l'examen des registres d'Intramodal par les représentants de Labatt, car Intramodal ne possédait alors ni équipements ni locaux. Quoi qu'il en soit, l'explication de M. Mennillo ne se tient pas, car sa démission à titre d'administrateur n'aurait pas fait disparaître son nom des registres de la société si, comme il le prétend, il était demeuré actionnaire. Le juge invoque également les incohérences de son témoignage sur sa démission.

[40] Le juge dissident de la Cour d'appel conclut que le juge de première instance écarte à tort la version des faits de M. Mennillo. Il explique que même si Intramodal n'avait pas d'équipement, elle se livrait à certaines activités de relations publiques au moment où devait avoir lieu la visite. De plus, l'explication de M. Mennillo se tient puisque Labatt ne se serait pas vraisemblablement inquiétée de la participation de M. Mennillo au seul titre d'actionnaire minoritaire et que, de toute façon, le problème aurait pu être résolu par le simple transfert de ses actions à sa société de gestion.

[41] En tout respect, aucun fondement ne permettait au juge dissident d'écarter la décision du juge de première instance de ne pas ajouter foi à l'explication de sa démission à titre d'administrateur offerte par M. Mennillo. Comme le soulignent les juges majoritaires de la Cour d'appel, M. Mennillo fait coïncider la visite des représentants de Labatt avec l'acquisition d'équipements de transport par Intramodal. Or, il appert clairement que ce n'est pas ce que faisait Intramodal au cours de la période qui a précédé la démission de M. Mennillo en mai 2005. J'ajoute que M. Mennillo fait également coïncider la visite avec une période où Labatt aurait pu visiter les locaux, ce qui était invraisemblable, car Intramodal n'en disposait pas le jour de la démission de M. Mennillo à titre d'administrateur. Qui plus est, le juge de première instance n'a pas tort de conclure que si M. Mennillo était demeuré actionnaire, sa participation dans la société aurait été évidente à la lecture non seulement des registres de l'entreprise, mais aussi du registre public.

[42] Le juge de première instance ne commet aucune erreur manifeste et déterminante sur ce point.

(b) *The Life Insurance Documents*

[43] The dissenting judge took issue with the trial judge's reliance on documents relating to a life insurance in which Mr. Rosati indicated that he was the sole shareholder of the corporation. The dissenting judge thought that these statements needed to be treated with caution as they originated with Mr. Rosati and, in addition, it was hard to understand why, if Mr. Mennillo was simply a creditor, Intramodal would insure his life. However, as the majority of the Court of Appeal pointed out, Mr. Rosati was dealing with a broker who had done business with Mr. Mennillo for more than 20 years. The trial judge was entitled to take into account that in September 2006, Mr. Rosati was openly claiming, in dealings with Mr. Mennillo's insurance broker, that Mr. Mennillo was not a shareholder in the corporation. The trial judge could well conclude that such behaviour on Mr. Rosati's part enhanced the credibility of his theory. There was certainly no basis to interfere with the trial judge's findings in this regard.

(c) *The Carzoli Memorandum*

[44] The dissenting judge was also of the view that the trial judge had misinterpreted a memo prepared by Mr. Carzoli, a tax specialist retained by Mr. Mennillo's accountant, Mr. Papadimitriou.

[45] The trial judge noted that, in a memo prepared after a meeting with Mr. Mennillo's accountant, Mr. Carzoli wrote that "[t]he minute book of the company indicates that the shares are owned by only one shareholder . . . . The other shareholder . . . was only an investor in the company": para. 50. The judge took this as some evidence that Mr. Mennillo did not believe himself to be a shareholder as of the date of the memorandum (i.e. November 26, 2007).

[46] The dissenting judge thought that this was an erroneous inference because Mr. Carzoli explained in the rest of the memorandum that the register needed correction in order to reflect the reality that Mr. Mennillo was in fact a shareholder.

b) *Les documents relatifs à l'assurance-vie*

[43] Le juge dissident reproche au juge de première instance de se fonder sur des documents d'assurance-vie dans lesquels M. Rosati dit être l'unique actionnaire de la société. Il estime que cette affirmation doit être considérée avec circonspection dans la mesure où M. Rosati en est l'auteur. De plus, on comprend mal pourquoi Intramodal aurait assuré la vie de M. Mennillo s'il n'avait été qu'un simple créancier. Toutefois, comme le font observer les juges majoritaires de la Cour d'appel, M. Rosati retenait les services d'un courtier qui faisait affaire avec M. Mennillo depuis plus de 20 ans. Le juge de première instance pouvait donc tenir compte du fait que, en septembre 2006, M. Rosati affirmait ouvertement, lorsqu'il avait affaire au courtier d'assurance de M. Mennillo, que ce dernier n'était pas actionnaire de la société. Il pouvait très bien conclure que le comportement de M. Rosati ajoutait à la véracité de sa thèse. Il n'y avait assurément aucune raison valable d'intervenir à l'égard des conclusions du juge sur ce point.

c) *Le mémorandum de M<sup>e</sup> Carzoli*

[44] Le juge dissident est également d'avis que le juge de première instance interprète mal le mémorandum de M<sup>e</sup> Carzoli, un avocat fiscaliste dont le comptable de M. Mennillo, M. Papadimitriou, retenait les services.

[45] Le juge de première instance indique que, dans un mémorandum rédigé après sa rencontre avec le comptable de M. Mennillo, M<sup>e</sup> Carzoli écrit : [TRA-DUCTION] « [l]e registre des procès-verbaux de la société indique que les actions n'appartiennent qu'à un seul actionnaire [. . .] L'autre actionnaire [. . .] n'est qu'un investisseur de l'entreprise » (par. 50). Cet élément prouve selon lui que M. Mennillo ne se croyait pas actionnaire à la date du mémorandum (soit le 26 novembre 2007).

[46] Le juge dissident estime qu'il s'agit d'une inférence erronée, car dans le reste de son mémo, M<sup>e</sup> Carzoli explique que le registre doit être rectifié afin de constater que M. Mennillo est en fait actionnaire. Il conclut également du mémorandum que

The dissenting judge was also of the view that the memorandum showed that Mr. Carzoli's strategy was based on the premise that Mr. Mennillo was a shareholder.

[47] However, as the majority in the Court of Appeal pointed out, the statement that there was only one shareholder was made to Mr. Mennillo's accountant and yet passed in silence. Moreover, as the trial judge and the majority further noted, the memorandum was inconsistent with Mr. Mennillo's testimony that he had only learned that he was not a shareholder in winter of 2009 given that the memorandum was dated roughly two years before.

[48] Once again, the trial judge's reliance on the Carzoli memorandum did not provide an appropriate basis for appellate intervention in relation to the trial judge's rejection of Mr. Mennillo's evidence.

(d) *The October 31, 2007 Letter*

[49] The dissenting judge also took issue with the trial judge's reliance on an October 31, 2007 letter from Mr. Mennillo's lawyer, Mr. Kaufman. In the dissenting judge's view, a careful reading of that letter showed that it was not contrary to Mr. Mennillo's position.

[50] The trial judge noted that while Messrs. Kaufman and Mennillo took the position that this letter was directed at putting in place financing to permit Mr. Rosati to buy Mr. Mennillo's shares, the letter itself said nothing about a share purchase but rather was drafted in terms of an acknowledgment of debt. The majority of the Court of Appeal saw nothing wrong with the trial judge's treatment of this letter and nor do I. It was open to the judge to infer from the letter, and particularly the absence of any mention of share purchase in it, that it would be unlikely to omit mention of that element in light of Mr. Mennillo's contention that he had never withdrawn as a shareholder.

la stratégie proposée par M<sup>e</sup> Carzoli supposait que M. Mennillo soit actionnaire.

[47] Toutefois, comme le signalent les juges majoritaires de la Cour d'appel, la déclaration selon laquelle il n'y a qu'un seul actionnaire a été faite au comptable de M. Mennillo, mais elle a pourtant été passée sous silence. Qui plus est, comme le font observer le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d'appel, le témoignage de M. Mennillo selon lequel il n'aurait appris qu'à l'hiver 2009 qu'il n'était pas actionnaire ne concorde pas avec le fait que le mémorandum a été rédigé environ deux ans auparavant.

[48] Encore une fois, ce n'est pas parce que le juge de première instance s'appuie sur le mémorandum de M<sup>e</sup> Carzoli que la Cour d'appel est admise à intervenir quant à sa décision d'écarter le témoignage de M. Mennillo.

d) *La lettre du 31 octobre 2007*

[49] Le juge dissident déplore aussi le fait que le juge de première instance se fonde sur une lettre de l'avocat de M. Mennillo, M<sup>e</sup> Kaufman, datée du 31 octobre 2007. Selon lui, une lecture attentive révèle que cette lettre ne va pas à l'encontre de la thèse de M. Mennillo.

[50] Le juge de première instance fait remarquer que même si M<sup>e</sup> Kaufman et M. Mennillo ont fait valoir que cette lettre visait un montage financier qui aurait permis à M. Rosati d'acheter les actions de M. Mennillo, la lettre comme telle ne fait pas mention d'un achat d'actions et revêt plutôt la forme d'une reconnaissance de dette. Les juges majoritaires de la Cour d'appel n'ont rien à redire, et moi non plus, sur ce que le juge de première instance conclut de la lettre. Il lui était loisible d'en inférer, surtout en l'absence de toute mention d'un achat d'actions, que l'omission d'une telle mention était invraisemblable au vu de la prétention de M. Mennillo selon laquelle il n'avait jamais renoncé à sa qualité d'actionnaire.

(e) *The February 25, 2010 Letter*

[51] Finally, the dissenting judge was of the view that the trial judge had drawn erroneous inferences from the demand letter dated February 25, 2010 sent to Intramodal by Mr. Mennillo’s lawyer, Mr. Kaufman. This letter referred to the alleged request that Mr. Mennillo “resign from the company” because of the interest on the part of Labatt and alleged that his share of the company had not been remitted to him following his resignation as promised.

[52] The trial judge used this letter to support the inference that, as of May 2005 when he submitted his resignation as a director, Mr. Mennillo knew that he was no longer a shareholder and, as well, to infer the date at which Mr. Mennillo stopped being a shareholder.

[53] The dissenting judge in the Court of Appeal was of the view that this letter did not support these inferences. In his opinion, the use by a lawyer (Mr. Kaufman) of the phrase “resign from the company” could not refer to anything but Mr. Mennillo’s resignation as a director; it could not be understood to encompass Mr. Mennillo’s shareholder status. Moreover, the letter insisted that Mr. Mennillo was a 50 percent partner in the corporation. The dissenting judge saw in this letter a clear expression that [TRANSLATION] “Mennillo still considered himself a shareholder of (partner in) Intramodal, holding almost 50% of the shares, and as such he was entitled to a share of the profits in the same proportion”: para. 110 (CanLII).

[54] Once again, however, there was no basis for appellate intervention with respect to the trial judge’s reliance on this letter. I agree with the reasons of the majority of the Court of Appeal for rejecting the dissenting judge’s contention:

[TRANSLATION] It may be possible to disagree about how to interpret this letter, but the Judge’s interpretation does not seem to me to be “clearly wrong”; indeed, it is easy to defend. Mennillo is claiming \$1M, *inter alia*,

e) *La mise en demeure du 25 février 2010*

[51] Enfin, le juge dissident estime que le juge de première instance tire des conclusions erronées de la mise en demeure du 25 février 2010 que l’avocat de M. Mennillo, M<sup>e</sup> Kaufman, a fait parvenir à Intramodal. Le document fait mention de la demande qui aurait été faite à M. Mennillo de [TRADUCTION] « démissionner de la société » à cause de l’intérêt manifesté par Labatt et ajoute que la participation de M. Mennillo dans l’entreprise ne lui a pas été rendue après sa démission comme on le lui avait promis.

[52] Le juge de première instance s’appuie sur ce document non seulement pour conclure qu’en mai 2005, lorsqu’il a présenté sa démission à titre d’administrateur, M. Mennillo savait qu’il n’était plus actionnaire, mais aussi pour inférer la date à laquelle M. Mennillo a cessé de l’être.

[53] Le juge dissident de la Cour d’appel estime que la mise en demeure n’étaye pas ces conclusions. À son avis, employée par un avocat (M<sup>e</sup> Kaufman), la formule [TRADUCTION] « démissionner de la société » ne pouvait viser que la qualité d’administrateur de M. Mennillo, à l’exclusion de sa qualité d’actionnaire. De surcroît, la mise en demeure souligne que M. Mennillo est associé à raison de 50 p. 100 dans l’entreprise. Le juge dissident y voit la manifestation claire du fait que « [M.] Mennillo se considérait toujours actionnaire (*partner*) d’Intramodal à près de 50 % et, à ce titre, [qu’]il avait le droit au partage des profits (*share of the profits*) dans la même proportion » (par. 110 (CanLII)).

[54] Mais, encore une fois, le fait que le juge de première instance s’appuie sur cette mise en demeure ne justifie pas une intervention en appel. Je souscris aux motifs pour lesquels les juges majoritaires de la Cour d’appel rejettent l’affirmation de leur collègue dissident :

On peut différer d’opinion sur l’interprétation à donner au texte de cette [mise en demeure], mais celle du Juge ne me paraît pas « manifestement erronée », elle se défend même aisément. [M.] Mennillo réclame 1 M\$,

“for failing to remit to him his share of the company”. One cannot claim something one already owns. His claim implies that he is not a shareholder of Intramodal, given that he wants to become one. [para. 184]

(f) *Conclusion Concerning the Trial Judge’s Findings of Fact*

[55] The trial judge’s factual findings are only reviewable on appeal if they constitute an error that is both palpable and overriding: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 10; *Stein v. The Ship “Kathy K”*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 808; *Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd.*, 2000 SCC 12, [2000] 1 S.C.R. 298, at para. 42. I agree with the majority of the Court of Appeal that no such error is present here. While the dissenting judge preferred a different interpretation of some of the evidence than that adopted by the trial judge, he was not entitled to substitute his view absent a palpable and overriding error. When we examine the trial judge’s conclusions in light of the record, we find that there was no such error.

[56] We must, therefore, approach the case on the basis that, from May 25, 2005 onwards, Mr. Menillo did not want to be a shareholder, did not want to be treated as such and, as a result, transferred his shares to Mr. Rosati.

[57] On these findings of fact, Mr. Mennillo’s oppression claim is groundless. He could have no reasonable expectation of being treated as a shareholder: he no longer was and expressly demanded not to be so treated. As against Intramodal, the most that can be said is that the corporation failed to carry out his wishes as a result of not observing certain necessary corporate formalities. But in light of these findings, it cannot be said that the corporation acted oppressively or that it illegally stripped him of his status as a shareholder as Justice Côté concludes: para. 198. What happened is that the corporation failed to make sure that all the legal formalities were complied with before registering the transfer. The acts of the corporation which Mr. Mennillo claims to constitute oppression were in fact taken, albeit imperfectly,

entre autres, « *for failing to remit to him his share of the company* » [[TRADUCTION] « pour omission de lui rendre sa participation dans l’entreprise »]. On ne saurait réclamer quelque chose que l’on détient déjà. Sa réclamation implique qu’il n’est pas actionnaire d’Intramodal puisqu’il veut le devenir. [par. 184]

f) *Conclusion sur les conclusions de fait du juge de première instance*

[55] Les conclusions de fait du juge de première instance ne sont susceptibles de révision en appel que si elles sont entachées d’une erreur manifeste et dominante (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10; *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802, p. 808; *Ingles c. Tutkaluk Construction Ltd.*, 2000 CSC 12, [2000] 1 R.C.S. 298, par. 42). Je conviens avec les juges majoritaires de la Cour d’appel qu’il n’y a aucune erreur de la sorte en l’espèce. Le juge dissident voit certes dans certains éléments de preuve autre chose que le juge de première instance, mais il ne peut pour autant faire primer son opinion, sauf erreur manifeste et dominante. Au vu du dossier, nous estimons que les conclusions du juge ne sont pas entachées d’une telle erreur.

[56] Nous devons donc considérer que, dès le 25 mai 2005, M. Mennillo ne voulait plus être actionnaire et qu’il ne souhaitait pas être tenu pour tel, d’où le transfert de ses actions à M. Rosati.

[57] Eu égard à ces conclusions de fait, le recours pour abus est sans fondement. M. Mennillo ne pouvait pas raisonnablement s’attendre à être traité comme un actionnaire : il ne l’était plus et avait expressément demandé à ne plus être considéré comme un actionnaire. Tout au plus peut-on dire d’Intramodal qu’elle n’a pas donné suite à son vœu du fait qu’elle a omis d’observer certaines formalités requises de sa part. Cependant, on ne saurait affirmer au vu de ces conclusions que la société a agi abusivement à l’égard de M. Mennillo ou qu’elle l’a dépouillé illégalement de son statut d’actionnaire, comme le conclut la juge Côté (par. 198). En fait, la société a omis de s’assurer de l’observation de toutes les formalités d’ordre juridique avant d’inscrire le transfert. Les mesures de la société que M. Mennillo

in accordance with his express wishes. But it cannot be unfairly prejudicial to Mr. Mennillo for the corporation to register a transfer of shares that he wished to happen, and that, as I will discuss later, he can no longer attack. As a consequence, all of Mr. Mennillo's claims must fail.

[58] The failure to observe the corporate formalities in removing Mr. Mennillo as a shareholder in accordance with his express wishes to be so removed cannot, in my respectful view, be characterized as an act unfairly prejudicial to the extent that this omission deprived him of his status as a shareholder: *Côté J.*, at para. 207. The corporation failed to observe the formalities of carrying out his wish *not* to be a shareholder. Nor can the failure to properly remove him as a shareholder in accordance with his express wishes make it just and equitable for him to regain his status as a shareholder: para. 204.

#### B. *Corporate Law Points*

[59] Although it is not strictly speaking necessary to do so, I will address three points of corporate law because some clarification of them will be useful: whether the share transfer could have been retroactively cancelled as the majority of the Court of Appeal thought; the consequence of the failure to observe the formalities prescribed by the *CBCA*; and whether the shares could have been issued conditionally.

##### (1) The Possible Retroactive Cancellation of the Share Transfer

[60] Before the trial judge and the Court of Appeal, Mr. Mennillo argued that he has been a shareholder of Intramodal from its incorporation and remained as such. Before the trial judge, Intramodal presented two different theories in response to Mr. Mennillo's argument. The first one is that Mr. Mennillo would have become a shareholder had he accepted to financially support the corporation and to be the guarantor of the entirety of its debts, but he declined or neglected to do so and

tient pour abusives ont en fait été prises, bien que de manière imparfaite, selon la volonté qu'il avait exprimée. La société ne peut donc pas s'être montrée injuste à son égard en lui portant préjudice du fait qu'elle a inscrit le transfert d'actions qu'il avait lui-même voulu et, comme je l'explique plus loin, qu'il ne peut plus contester. En conséquence, les allégations de M. Mennillo doivent toutes être rejetées.

[58] Soit dit en tout respect, l'inobservation des formalités nécessaires au retrait de M. Mennillo à titre d'actionnaire, conformément à la volonté qu'il avait exprimée, ne saurait constituer un acte injustement préjudiciable [à son égard] dans la mesure où elle le prive de son statut d'actionnaire (la juge Côté, par. 207). La société a omis d'observer les formalités requises pour donner suite à sa volonté de *cesser* d'être actionnaire. L'omission d'effectuer régulièrement le retrait à titre d'actionnaire, selon la volonté exprimée par M. Mennillo, ne saurait non plus rendre juste et équitable sa réintégration en qualité d'actionnaire (par. 204).

#### B. *Points relevant du droit des sociétés*

[59] Même si, à strictement parler, ce n'est pas nécessaire, je me penche sur trois points du droit des sociétés, car certains éclaircissements à leur sujet seront utiles : le transfert d'actions aurait-il pu être annulé rétroactivement comme le prétendent les juges majoritaires de la Cour d'appel, quelles sont les conséquences de l'omission d'observer les formalités prescrites par la *LCSA* et les actions auraient-elles pu être émises conditionnellement?

##### (1) La possibilité d'annuler rétroactivement le transfert d'actions

[60] En première instance et en Cour d'appel, M. Mennillo a soutenu qu'il était devenu actionnaire d'Intramodal dès sa constitution en société et qu'il l'était toujours. En première instance, Intramodal a fait valoir deux théories différentes pour réfuter la thèse de M. Mennillo. Elle a d'abord prétendu que M. Mennillo serait devenu actionnaire s'il avait accepté d'appuyer financièrement l'entreprise et de se porter garant de la totalité de son passif, mais qu'il avait refusé ou négligé de le faire, de sorte qu'il

consequently never became a shareholder. The second one is that Mr. Mennillo resigned as a director of Intramodal and transferred his shares to Mr. Rosati. Intramodal focused on its second theory before the Court of Appeal and argued that the shares were transferred from Mr. Mennillo to Mr. Rosati on May 25, 2005.

[61] The trial judge concluded that Mr. Mennillo agreed that he would remain a shareholder only so long as he was willing to guarantee the corporation's debts and that Mr. Mennillo ultimately decided that he did not wish to do so and transferred his shares to Mr. Rosati. In the Court of Appeal, the majority concluded as follows on this issue:

[TRANSLATION] . . . Can it be concluded that there was a genuine transfer of the shares from Mennillo to Rosati? It seems to me, rather, that they quite simply agreed on May 25, 2005 to retroactively cancel their agreement to associate with one another that they had originally entered into in 2004. The agreement had been reached informally, as was the cancellation thereof. [para. 225]

[62] It is worth highlighting that this theory of the retroactive cancellation of the agreement was neither adopted by the trial judge nor pleaded by the parties.

[63] Contrary to what the majority of the Court of Appeal suggested, I am of the opinion that it is not possible to retroactively cancel an issuance of shares by way of simple oral consent. As Mr. Mennillo points out, an issuance of shares can be cancelled only if (a) the corporation's articles are amended or (b) the corporation reaches an agreement to purchase the shares, which requires that the directors pass a resolution, that the shareholder in question gives his or her express consent and that the tests of solvency and liquidity be met. Can such an act by the corporation be valid even though these requirements of the *CBCA* have not been met? I do not think so.

[64] The commentators agree that meeting the requirements with respect to the maintenance of share capital cannot be optional, given that it is the share capital that is the common pledge of the creditors and is the basis for their acceptance of doing

n'était jamais devenu actionnaire. Elle a ensuite soutenu que M. Mennillo avait démissionné de son poste d'administrateur et qu'il avait transféré ses actions à M. Rosati. En Cour d'appel, Intramodal a mis l'accent sur sa deuxième théorie et soutenu que M. Mennillo avait cédé ses actions à M. Rosati le 25 mai 2005.

[61] Selon le juge de première instance, M. Mennillo a convenu qu'il ne demeurerait actionnaire que tant qu'il serait disposé à garantir le passif de la société. M. Mennillo a finalement décidé de ne pas se porter ainsi garant et a transféré ses actions à M. Rosati. Voici ce qu'opinent les juges majoritaires de la Cour d'appel sur ce point :

. . . peut-on conclure qu'il y a eu véritablement cession des actions de [M.] Mennillo à [M.] Rosati? Il me semble plutôt que, tout simplement, ils conviennent le 25 mai 2005 d'annuler rétroactivement leur entente d'association convenue au départ en 2004. L'entente avait été conclue sans aucun formalisme, de même son annulation. [par. 225]

[62] Il convient de souligner que cette thèse de l'annulation rétroactive de l'entente n'est pas retenue par le juge de première instance, ni défendue par l'une ou l'autre des parties.

[63] Contrairement à ce que laissent entendre les juges majoritaires de la Cour d'appel, on ne peut selon moi annuler rétroactivement une émission d'actions sur simple consentement verbal. Comme le souligne M. Mennillo, il ne peut y avoir annulation d'une émission d'actions que a) par modification des statuts de la société ou b) par achat de gré à gré des actions par la société, ce qui requiert une résolution des administrateurs, le consentement exprès de l'actionnaire en cause et le respect des critères de solvabilité et de liquidité. Un tel acte de la société peut-il être valide malgré le non-respect de ces conditions de la *LCSA*? J'estime que non.

[64] Les auteurs reconnaissent que le respect des exigences relatives au maintien du capital-actions ne saurait être facultatif puisque le capital-actions constitue le gage commun des créanciers en fonction duquel ces derniers acceptent de faire affaire

business with the corporation: P. Martel, *Business Corporations in Canada: Legal and Practical Aspects* (loose-leaf), at pp. 12-17, 12-18 and 14-31; R. Crête and S. Rousseau, *Droit des sociétés par actions* (3rd ed. 2011), at pp. 550-52; F. W. Wegenast, *The Law of Canadian Companies* (1979 (reissue of 1931 ed.)), at p. 313.

[65] Furthermore, certain American commentators point out that strict protection of a corporation's capital stock is necessary in a context in which the liability of shareholders is, for its part, limited:

Strong entity shielding and limited liability are highly complementary; the presence of one generally calls for the other. . . .

. . . limited liability generally requires strong entity shielding, largely because limited liability increases the incentive for owners to withdraw from the firm when its prospects are doubtful. That incentive, in turn, creates the threat of a run on the firm's assets, which would destroy going-concern value to the detriment of both the firm's creditors and its owners. By denying owners the power to withdraw unilaterally, strong entity shielding prevents such runs. [Footnote omitted.]

(H. Hansmann, R. Kraakman and R. Squire, "The New Business Entities in Evolutionary Perspective", [2005] *U. Ill. L. Rev.* 5, at pp. 11-12)

[66] More concretely, why would the law establish strict requirements primarily to protect creditors' interests if such requirements could validly be ignored? I am unable to find a satisfactory answer to this question, and it is my opinion that the respondent has also failed to provide one.

(2) The Consequence of Non-Compliance With the Formalities of the CBCA

[67] The trial judge held that Mr. Mennillo was no longer a shareholder of Intramodal as of May 25, 2005 and that [TRANSLATION] "[t]he failure to complete the transfer of Mennillo's shares to Rosati resulted from an error or oversight on the part of Rosati's lawyer": para. 74.

avec la société (P. Martel, *La société par actions au Québec*, vol. I, *Les aspects juridiques* (feuilles mobiles), par. 12-79 à 12-82, 14-107 et 14-108; R. Crête et S. Rousseau, *Droit des sociétés par actions* (3<sup>e</sup> éd. 2011), p. 550-552; F. W. Wegenast, *The Law of Canadian Companies* (1979 (réédition de l'éd. de 1931)), p. 313).

[65] Qui plus est, certains auteurs américains relèvent que la protection stricte du capital-actions d'une société est nécessaire dans la mesure où la responsabilité de l'actionnaire est pour sa part limitée :

[TRADUCTION] La protection stricte de l'entité et la responsabilité limitée sont très complémentaires; l'une appelle généralement l'autre . . .

. . . la responsabilité limitée exige généralement la protection stricte de l'entité, surtout parce qu'elle est de nature à inciter des propriétaires à quitter l'entreprise lorsque son avenir est incertain. À son tour, cette incitation expose le capital-actions à des retraits massifs, lesquels sont susceptibles de réduire à néant la valeur de l'entreprise au détriment de ses créanciers et de ses propriétaires. En refusant aux propriétaires le droit de se retirer unilatéralement, la protection stricte de l'entité empêche de tels retraits. [Note en bas de page omise.]

(H. Hansmann, R. Kraakman et R. Squire, « The New Business Entities in Evolutionary Perspective », [2005] *U. Ill. L. Rev.* 5, p. 11-12)

[66] De manière plus concrète, pourquoi la loi établirait-elle des exigences strictes visant principalement la protection des intérêts des créanciers si de telles exigences pouvaient être ignorées en toute impunité? Je ne puis trouver de réponse satisfaisante à cette question et, à mon avis, l'intimée n'est pas non plus en mesure d'en avancer une.

(2) Les conséquences de l'inobservation des formalités prescrites par la LCSA

[67] Le juge de première instance conclut que M. Mennillo a cessé d'être actionnaire d'Intramodal le 25 mai 2005 et que « [l]e fait que la cession des actions de [M.] Mennillo à [M.] Rosati n'ait pas été complétée résulte de l'erreur ou l'oubli de la part de l'avocat de [M.] Rosati » (par. 74).

[68] Needless to say, there is no evidence in writing of such transfer between Mr. Mennillo and Mr. Rosati. But for the reasons I set out at length above, the trial judge made no palpable and overriding error when he rejected Mr. Mennillo's version of events and substantially accepted Intramodal's. For this reason, I accept his finding that Mr. Mennillo refused to take on the role of Intramodal's guarantor and transferred his shares to Mr. Rosati. The evidence on the transfer point is conflicting and inconsistent. The judge adopted a view of the evidence that was open to him given the extreme informality of the parties' dealings and their virtually complete inattention to corporate formalities. As I read his reasons, there was an onerous contract between Mr. Mennillo and Mr. Rosati for the transfer of the shares, a view supported by the evidence: *Martin v. Dupont*, 2016 QCCA 475; art. 1381 *Civil Code of Québec* ("C.C.Q").

[69] It is uncontested that Intramodal did not ascertain whether some of the corporate formalities of the *CBCA* were complied with by Mr. Mennillo and Mr. Rosati when it registered the transfer of shares, but that cannot in and of itself invalidate any transfer between them: *Inspecteur général des institutions financières v. Assurances funéraires Rousseau et frère Ltée*, [1990] R.R.A. 473 (C.A.); Martel, at pp. 16-28 to 16-30.

[70] On this point, s. 76 *CBCA* states:

**76 (1)** Where a security in registered form is presented for transfer, the issuer shall register the transfer if

- (a) the security is endorsed by an appropriate person as defined in section 65;
- (b) reasonable assurance is given that that endorsement is genuine and effective;
- (c) the issuer has no duty to inquire into adverse claims or has discharged any such duty;
- (d) any applicable law relating to the collection of taxes has been complied with;

[68] Il va sans dire qu'aucun écrit n'atteste cette cession. Mais pour les motifs détaillés qui précèdent, le juge de première instance ne commet aucune erreur manifeste et dominante lorsqu'il rejette la version des faits de M. Mennillo et qu'il retient essentiellement celle d'Intramodal. C'est pourquoi je fais mienne sa conclusion voulant que M. Mennillo ait refusé de se porter garant du passif d'Intramodal et transféré ses actions à M. Rosati. La preuve relative au transfert des actions est contradictoire et incohérente. Son interprétation par le juge Poirier est légitime compte tenu du caractère extrêmement informel des rapports entre les parties et de l'inobservation par ces dernières de la quasi-totalité des formalités requises d'une société. Suivant mon interprétation de ses motifs, un contrat à titre onéreux liait MM. Mennillo et Rosati concernant le transfert des actions, ce qui est étayé par la preuve (*Martin c. Dupont*, 2016 QCCA 475; art. 1381 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »)).

[69] Nul ne conteste qu'Intramodal a omis de s'assurer que MM. Mennillo et Rosati s'étaient acquittés de certaines de leurs obligations suivant la *LCSA* lorsqu'elle a inscrit le transfert d'actions. Or, pareille omission ne peut en soi invalider un transfert intervenu entre les deux hommes (*Inspecteur général des institutions financières c. Assurances funéraires Rousseau et frère Ltée*, [1990] R.R.A. 473 (C.A.); Martel, par. 16-103 à 16-108).

[70] À cet égard, l'art. 76 de la *LCSA* dispose ce qui suit :

**76 (1)** L'émetteur doit procéder à l'inscription du transfert d'une valeur mobilière nominative lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- a) la valeur mobilière est endossée par une personne compétente au sens de l'article 65;
- b) des assurances suffisantes sur l'authenticité et la validité de cet endossement sont données;
- c) il n'est pas tenu de s'enquérir de l'existence d'oppositions ou il s'est acquitté de cette obligation;
- d) les lois relatives à la perception de droits ont été respectées;

(e) the transfer is rightful or is to a bona fide purchaser; and

(f) any fee referred to in subsection 49(2) has been paid.

(2) Where an issuer has a duty to register a transfer of a security, the issuer is liable to the person presenting it for registration for loss resulting from any unreasonable delay in registration or from failure or refusal to register the transfer.

[71] In this case, the requirements of s. 76(1)(a) *CBCA* are not fulfilled. It is common ground that the shares that were transferred were not endorsed by Mr. Mennillo. Therefore it is true that Intramodal proceeded to register a transfer that did not meet all of the criteria stated in the *CBCA*. But this is of no assistance to Mr. Mennillo under the circumstances. It is not as a result of an improper registration of this share transfer that Mr. Mennillo is no longer the holder of any shares in Intramodal. It is rather as a result of his transfer of these shares to Mr. Rosati, as found by the trial judge.

[72] In that regard, the endorsement of the shares was required to complete the transfer itself between Mr. Mennillo and Mr. Rosati. It was required for the shares to be delivered, which, in turn, was necessary to complete the share transfer: ss. 60(1) and 65(3) *CBCA*. Since this was an important formality required by law, it was to be observed on pain of nullity of the transfer: arts. 1414 and 1416 *C.C.Q.*; Martel, at pp. 16-26 et seq.

[73] With that being said, there is no doubt about the fact that Mr. Mennillo knew that this formality was not complied with when the company proceeded to register the transfer in the corporate books, some time in 2007. There is also no doubt that he was aware that he had not endorsed his share certificate when the shares were transferred to Mr. Rosati as the trial judge found.

[74] While it might have been possible for Mr. Mennillo to attack the transfer on the basis of the non-compliance with this required formality of the *CBCA*, no such claim was or could have been advanced when he instituted his proceedings in

e) le transfert est régulier ou est effectué au profit d'un acheteur de bonne foi;

f) les droits prévus au paragraphe 49(2) ont été acquittés.

(2) L'émetteur tenu de procéder à l'inscription du transfert d'une valeur mobilière est responsable, envers la personne qui la présente à cet effet, du préjudice causé par tout retard indu ou par tout défaut ou refus.

[71] En l'espèce, la condition prévue à l'al. 76(1)a de la *LCSA* n'est pas remplie. Nul ne conteste que les actions transférées n'ont pas été endossées par M. Mennillo. Il est donc exact de prétendre qu'Intramodal a inscrit un transfert qui ne respectait pas toutes les conditions prévues par la *LCSA*. Or, cette irrégularité n'appuie pas la thèse de M. Mennillo. Ce n'est pas à cause d'une inscription irrégulière du transfert d'actions qu'il n'est plus actionnaire d'Intramodal, mais parce qu'il a transféré ses actions à M. Rosati, comme le conclut le juge de première instance.

[72] L'endossement des actions était nécessaire pour mener à bien le transfert de M. Mennillo à M. Rosati. Il était requis pour la livraison des actions, laquelle s'imposait à son tour pour qu'il y ait transfert (par. 60(1) et 65(3) de la *LCSA*). S'agissant d'une formalité légale importante, son inobservation exposait l'opération à la nullité (art. 1414 et 1416 *C.c.Q.*; Martel, par. 16-91 et suiv.).

[73] Cela dit, il ne fait aucun doute que M. Mennillo savait que cette formalité n'avait pas été accomplie lorsque, en 2007, la société a inscrit le transfert dans ses registres. Nul ne peut non plus douter qu'il savait que son certificat n'était pas endossé lors du transfert des actions à M. Rosati, comme le conclut le juge de première instance.

[74] M. Mennillo aurait pu contester le transfert en invoquant l'inobservation de cette formalité exigée par la *LCSA*, mais il ne l'a pas fait et n'aurait pas pu le faire au moment d'intenter son recours en septembre 2010. Puisque, plus de trois ans auparavant,

September 2010. As he was aware of the situation of which he now complains more than three years prior, his claim in that regard was and is still prescribed: art. 2925 *C.C.Q.* Even if the transfer was subject to nullity, it did not mean that it was inexistent. In Quebec civil law, the sanction of nullity needs to be pronounced by a tribunal: S. Gaudet, “Inexistence, nullité et annulabilité du contrat: essai de synthèse” (1995), 40 *McGill L.J.* 291, at pp. 331-35; J.-L. Baudoin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (7th ed. 2013), by P.-G. Jobin and N. Vézina, at para. 386; D. Lluelles and B. Moore, *Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at para. 1101. Only once nullity is judicially pronounced is a purported contract “deemed never to have existed”: art. 1422 *C.C.Q.* Indeed, a “contract which does not meet the necessary conditions of its formation may be [as opposed to is] annulled”: art. 1416 *C.C.Q.* This judicial intervention must be sought within three years of becoming aware of the cause of nullity: arts. 2925 and 2927 *C.C.Q.*

### (3) The Conditional Issuance of the Shares

[75] In the Court of Appeal, the dissenting judge read the trial judge’s reasons as holding that the issuance of the shares to Mr. Mennillo had been conditional on his remaining a guarantor. The dissenting judge went on to say that this conditional status is not set out in the *CBCA* and in any event, even if it were, such status would also have needed to be specified in the books of the company. The dissenting judge also expressed the view that this sort of conditional shareholder status could not depend on an informal agreement between two individuals.

[76] I am in substantial agreement with the dissenting judge about the law on this point. Conditions attaching to the shares need to be specified in the articles of the corporation and in the securities register. Also, the resolution authorizing the issuance of the shares to Mr. Mennillo would have needed to specify their conditional status: ss. 24(4), 49(13) and 50(1)(c) *CBCA*. These formalities were not fulfilled.

il connaissait la situation qu’il déplore aujourd’hui, son recours était et demeure prescrit (art. 2925 *C.c.Q.*). Même s’il était susceptible d’annulation, le transfert existait tout de même. En droit civil québécois, la sanction qu’est la nullité doit être prononcée par le tribunal (S. Gaudet, « Inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse » (1995), 40 *R.D. McGill* 291, p. 331-335; J.-L. Baudoin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (7<sup>e</sup> éd. 2013), par P.-G. Jobin et N. Vézina, par. 386; D. Lluelles et B. Moore, *Droit des obligations* (2<sup>e</sup> éd. 2012), par. 1101). Ce n’est qu’une fois la nullité prononcée par une cour de justice que le contrat « est réputé n’avoir jamais existé » (art. 1422 *C.c.Q.*). En effet, le « contrat qui n’est pas conforme aux conditions nécessaires à sa formation peut [et non pas doit] être frappé de nullité » (art. 1416 *C.c.Q.*). La mesure judiciaire doit être demandée au plus tard trois ans après que l’intéressé a eu connaissance de la cause de nullité (art. 2925 et 2927 *C.c.Q.*).

### (3) L’émission conditionnelle des actions

[75] Le juge dissident de la Cour d’appel conclut des motifs du juge de première instance que les actions ont été émises à M. Mennillo à la condition qu’il demeure garant du passif. Il ajoute que la *LCSA* ne prévoit pas un tel actionariat conditionnel et que, de toute manière, s’il avait été possible, il aurait fallu qu’il soit indiqué dans les registres de la société. Toujours selon lui, un tel actionariat conditionnel ne saurait tenir à un accord informel entre deux personnes.

[76] Je suis d’accord pour l’essentiel avec le juge dissident quant au droit applicable sur ce point. La condition dont une action est assortie doit être précisée dans les statuts de la société et dans son registre des valeurs mobilières. De même, la résolution autorisant l’émission des actions à M. Mennillo aurait dû préciser qu’elles étaient assorties d’une condition (par. 24(4) et 49(13) et al. 50(1)c) de la *LCSA*). Ces formalités n’ont pas été accomplies.

[77] But in my respectful view, the dissenting judge misread the trial judge's reasons. None of the parties argued that they intended the shares to be issued conditionally and in my view the trial judge did not intend to and did not say that any condition was attached to the shares themselves. Rather, when we read his reasons in light of the evidence, we see that he was of the view that the condition to which the trial judge referred was a result of an agreement between Messrs. Mennillo and Rosati that the former would be a shareholder only if he guaranteed Intramodal's debts. This agreement was reached by Messrs. Mennillo and Rosati; Intramodal was not a party to this agreement. Accordingly, it does not attract the corporate formalities applicable to a conditional issuance of shares. Understood in this way, there is no legal error in the trial judge's approach to this issue.

### C. *Prescription and Remedy*

[78] The trial judge found that Mr. Mennillo's oppression claim was prescribed. He reasoned that the three-year period in art. 2925 *C.C.Q.* applied and that time began to run in May 2005 when, in his view, Mr. Mennillo knew that he would not be treated as a shareholder. The majority of the Court of Appeal did not deal with this issue. But the dissenting judge found that time had not started to run until December 2009 and in any event that the acts of oppression were continuing. Before this Court, Mr. Mennillo adopts, in a single paragraph of his factum, the reasoning of the dissenting judge on this point. Intramodal adopts the position of the trial judge.

[79] Given the limited judicial consideration of these points in the reasons of the Superior Court and the Court of Appeal, and the conclusion that Mr. Mennillo's oppression claim is groundless on its merits, I prefer not to venture a final opinion on this precise point in the context of this appeal.

[80] As a result of my proposed disposition of the appeal in relation to the dismissal of the oppression claim, it is not necessary for me to address what

[77] Toutefois, à mon humble avis, le juge dissident interprète erronément les motifs du juge de première instance. Aucune des parties ne prétend avoir voulu que les actions soient émises à quelque condition et, à mon sens, le juge de première instance n'entend pas dire et ne dit pas que les actions sont assorties comme telles d'une condition. Au vu de la preuve, il appert plutôt de ses motifs que la condition dont il fait mention résulte d'un accord entre MM. Mennillo et Rosati selon lequel le premier ne serait actionnaire que s'il se portait garant du passif d'Intramodal. L'accord en question est intervenu entre MM. Mennillo et Rosati, et Intramodal n'y est pas partie. Il ne requerrait donc pas l'observation des formalités applicables à une émission conditionnelle d'actions. Dans cette optique, la démarche du juge de première instance n'est entachée d'aucune erreur de droit.

### C. *Prescription et mesure de redressement*

[78] Le juge de première instance arrive à la conclusion que le recours pour abus de M. Mennillo est prescrit. Il explique que le délai de trois ans impartit à l'art. 2925 du *C.c.Q.* s'applique et qu'il a commencé à courir en mai 2005, soit au moment où, selon lui, M. Mennillo a appris qu'il ne serait plus traité comme un actionnaire. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ne se prononcent pas sur la question. Le juge dissident estime cependant que le délai n'a commencé à courir qu'en décembre 2009 et que, de toute façon, l'abus s'était poursuivi. Devant notre Cour, M. Mennillo reprend à son compte, dans un même paragraphe de son mémoire, le raisonnement du juge dissident sur ce point. Quant à Intramodal, elle se range à l'avis du juge de première instance.

[79] Étant donné le peu d'attention que la Cour supérieure et la Cour d'appel accordent à ces questions, et la conclusion selon laquelle le recours pour abus intenté par M. Mennillo doit être rejeté sur le fond, je préfère ne pas me prononcer sur ce point précis de manière définitive dans le cadre du pourvoi.

[80] Vu la manière dont je propose de statuer en l'espèce sur le rejet du recours pour abus, point n'est besoin de me prononcer sur les mesures de

remedies would be appropriate in the event oppression had been established.

#### IV. Disposition

[81] I would dismiss the appeal with costs and affirm the costs orders made by the Superior Court and the Court of Appeal.

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

[82] THE CHIEF JUSTICE — I would dismiss the appeal for the following reasons.

[83] This is an action for oppression. Mr. Mennillo complains that Intramodal inc. acted oppressively in removing him as shareholder from the books of the company.

[84] To establish oppression, the shareholder must show: (1) a reasonable expectation that the corporation would treat him in a certain way; and (2) that the corporation breached that reasonable expectation (*BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*, 2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560, at para. 68). The action is an equitable action to protect reasonable and legitimate shareholder expectations — the “cornerstone of the oppression remedy” (*BCE*, at para. 61). Evidence of shareholder expectations is essential to whether conduct has been oppressive in a particular case (*BCE*, at para. 59; P. Martel, *Business Corporations in Canada: Legal and Practical Aspects* (loose-leaf), at p. 31-67; D. H. Peterson and M. J. Cumming, *Shareholder Remedies in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), at §§ 17.41 to 17.43; D. S. Morritt, S. L. Bjorkquist and A. D. Coleman, *The Oppression Remedy* (loose-leaf), at p. 3-2).

[85] I do not find it necessary to determine whether there was an effective transfer of Mr. Mennillo’s shares in Intramodal inc. to Mr. Rosati. Suffice it to say that among other things, assessing the nature of the prestations that the parties decided to provide each other under an “onerous contract” — Mr. Rosati gets Mr. Mennillo’s shares in exchange

redressement qui auraient été indiquées si l’abus avait été établi.

#### IV. Dispositif

[81] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de confirmer les ordonnances de la Cour supérieure et de la Cour d’appel sur les dépens.

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

[82] LA JUGE EN CHEF — Je suis d’avis de rejeter le pourvoi pour les motifs suivants.

[83] M. Mennillo a intenté un recours pour abus. Il reproche à Intramodal inc. d’avoir agi de façon abusive en le dépouillant de sa qualité d’actionnaire dans les registres de la société.

[84] Pour établir l’abus, l’actionnaire doit prouver (1) qu’il s’attendait raisonnablement à ce que la société le traite d’une certaine manière et (2) que la société a frustré cette attente raisonnable (*BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*, 2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560, par. 68). Issu de l’équité, le recours vise à protéger les attentes raisonnables et légitimes de l’actionnaire, lesquelles constituent la « pierre angulaire [du recours] pour abus » (*BCE*, par. 61). La preuve des attentes de l’actionnaire est essentielle pour qualifier un comportement d’abusif dans une situation donnée (*BCE*, par. 59; P. Martel, *La société par actions au Québec*, vol. I, *Les aspects juridiques* (feuilles mobiles), par. 31-197 et 31-198; D. H. Peterson et M. J. Cumming, *Shareholder Remedies in Canada* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), § 17.41 à 17.43; D. S. Morritt, S. L. Bjorkquist et A. D. Coleman, *The Oppression Remedy* (feuilles mobiles), p. 3-2).

[85] Je n’estime pas nécessaire de décider s’il y a effectivement eu transfert à M. Rosati des actions de M. Mennillo dans Intramodal inc. Je me contente de dire que, entre autres choses, la question de la nature des prestations que les parties se sont consenties l’une à l’autre par voie de « contrat à titre onéreux » — M. Rosati obtenant les actions de M. Mennillo

of Intramodal inc. relieving Mr. Mennillo of his obligation to guarantee Intramodal inc.'s debts — is an issue that leaves me somewhat perplexed (a point made by Côté J. at para. 229 of her dissenting reasons).

[86] Be that as it may, in my view, this appeal can be disposed of on the basis that Mr. Mennillo has failed to show a reasonable expectation that he would not be removed as a shareholder from Intramodal inc.'s books. The trial judge found that Mr. Mennillo agreed that his shares should be transferred to Mr. Rosati: [TRANSLATION] “Mennillo refused to participate in this venture [that is, to be an equity shareholder in Intramodal] and asked to be removed from the company as a shareholder and director as of May 25, 2005” (2012 QCCS 1640, at para. 74 (CanLII)).

[87] Having asked to be removed as a shareholder, Mr. Mennillo had no reasonable expectation that he would remain on the books as a shareholder. This is confirmed by the fact that subsequently Mr. Mennillo ceased to conduct himself as an equity shareholder and advanced money as loans. The trial judge's finding of fact is supported by the evidence.

[88] Mr. Mennillo has failed to establish a reasonable expectation that he would remain a shareholder in Intramodal inc. It follows that his action for oppression must fail. Consequently, the trial judge did not err in denying Mr. Mennillo's claim.

[89] I would dismiss the appeal.

English version of the reasons delivered by

CÔTÉ J. (dissenting) —

### I. Introduction

[90] It is sometimes essential to go back to the basics of the law to render the decision that is appropriate in the circumstances. It is just as essential to recall some of those basics.

en contrepartie de la libération de ce dernier par Intramodal inc. de son obligation de garantir le passif de la société — me laisse quelque peu perplexe (le point est soulevé par la juge Côté au par. 229 de ses motifs dissidents).

[86] Quoi qu'il en soit, le fait que M. Mennillo n'a pas démontré qu'il pouvait raisonnablement s'attendre à continuer de figurer à titre d'actionnaire dans les registres d'Intramodal inc. permet de statuer sur le pourvoi. Le juge de première instance conclut que M. Mennillo a accepté que ses actions devaient être cédées à M. Rosati : « [M.] Mennillo a refusé cette aventure [c'est-à-dire être actionnaire participatif d'Intramodal] et a demandé son retrait de la compagnie à titre d'actionnaire et d'administrateur à compter du 25 mai 2005 » (2012 QCCS 1640, par. 74 (CanLII)).

[87] Ayant demandé à ne plus être actionnaire, M. Mennillo ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à ce que les registres de la société continuent de faire état de sa qualité d'actionnaire. Cela est d'ailleurs confirmé par le fait qu'il a cessé par la suite d'agir comme actionnaire participatif et a avancé des fonds sous forme de prêts. Cette conclusion de fait du juge de première instance trouve appui dans la preuve.

[88] M. Mennillo n'a pas prouvé qu'il pouvait raisonnablement s'attendre à demeurer actionnaire d'Intramodal inc. Son recours pour abus doit donc échouer. Par conséquent, le juge de première instance n'a pas eu tort de le débouter.

[89] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Les motifs suivants ont été rendus par

LA JUGE CÔTÉ (dissidente) —

### I. Introduction

[90] Il est parfois essentiel de revenir aux fondements du droit afin de rendre la décision qui s'impose dans certaines circonstances. Il est tout aussi essentiel de rappeler certains de ces fondements.

[91] Two key principles are deeply rooted in Canadian corporate law and cannot simply be disregarded or ignored: the principle that a corporation's legal personality is distinct from that of its shareholder or shareholders, and the principle or rule of the maintenance of capital.

[92] In my view, both the trial judge and the majority of the Court of Appeal completely disregarded these two principles in their analysis.

[93] With respect, the analysis that is required in the circumstances cannot disregard the interplay between Quebec civil law and the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44 (“CBCA”), and must neither weaken the strict formal requirements of corporate law — in this area, *forma dat esse rei* — nor confuse the business corporation with the partnership. Care must be taken not to assume that the registration of a transfer of shares means that there was a contract for the transfer of shares. Like the trial judge's assertion that shares can be issued conditionally without the corporation approving the issuance and that of the majority of the Court of Appeal that a share issuance may be cancelled retroactively without any formalities, the solution proposed by the majority cannot, in my view, be reconciled with the basic principles of corporate law and the civil law.

[94] I therefore cannot agree with the majority's opinion.

[95] The appellant, Johnny Mennillo, objects to a resolution passed by the respondent corporation, Intramodal Inc., and to its registration in its registers of a transfer of his shares to its majority shareholder, Mario Rosati. Although Intramodal initially argued, with a supporting affidavit, that the appellant had never been one of its shareholders, it now acknowledges that he was indeed a shareholder, but it refuses, contrary to the law and to its own articles and by-laws, to recognize that he now has that

[91] Deux grands principes sont profondément enracinés en droit canadien des sociétés par actions et ne peuvent simplement être écartés ou ignorés : il s'agit du principe de la personnalité juridique distincte de la société par rapport à celle de son ou ses actionnaires, et du principe ou de la règle du maintien du capital.

[92] À mon avis, tant le juge de première instance que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont totalement fait abstraction de ces deux principes dans leurs analyses respectives.

[93] Avec égards, l'analyse qui s'impose dans les circonstances ne peut ignorer l'interaction du droit civil québécois avec la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44 (« LCSA »), et ne doit pas fragiliser les exigences strictes du droit des sociétés sur le plan du formalisme — en ce domaine « *forma dat esse rei* » — et ne doit pas non plus confondre la société par actions avec la société de personnes. Il faut se garder de tenir pour acquis que l'inscription d'un transfert d'actions signifie qu'il y a eu contrat de transfert d'actions. Au même titre que l'affirmation du juge de première instance selon laquelle il peut y avoir émission conditionnelle d'actions sans que celle-ci ne soit entérinée par la société, et celle des juges majoritaires de la Cour d'appel selon laquelle une émission d'actions peut être annulée rétroactivement sans aucune formalité, la solution préconisée par la majorité est, à mon avis, irréconciliable avec les principes élémentaires du droit des sociétés et du droit civil.

[94] Je ne puis donc me résoudre à souscrire à l'opinion de la majorité.

[95] L'appelant, Johnny Mennillo, reproche à la société intimée, Intramodal inc., l'adoption d'une résolution et l'inscription dans ses registres d'un transfert de ses actions au bénéfice de son actionnaire majoritaire, Mario Rosati. Bien qu'Intramodal ait d'abord prétendu, déclaration sous serment à l'appui, que l'appelant n'avait jamais été actionnaire d'Intramodal, elle reconnaît aujourd'hui qu'il a effectivement été actionnaire, mais refuse de lui reconnaître ce statut et les avantages qui s'y rattachent, et

status and is entitled to the advantages associated therewith.

[96] It is also important to be clear that this is a proceeding brought by the appellant against Intramodal under s. 241 *CBCA*. Contrary to what my colleague seems to be suggesting, this is not a case in which one shareholder sues another over the ownership of his or her shares in a company. Mr. Rosati is not a party to this litigation.

[97] In his claim, the appellant asked that the resolution passed by the respondent company be revoked and that its registers be rectified. This means that, although he brought this claim under s. 241 *CBCA*, he could also have done so under s. 243 *CBCA* (rectification of registers) or s. 247 *CBCA* (failure by a corporation to comply with the legislation or with its articles or by-laws). The appellant submitted that Intramodal had breached its legal duties by passing the resolution in question and registering the transfer of his shares although none of the formalities required by law had been observed. He argued that the respondent company's conduct in refusing to recognize his status as a shareholder was oppressive and that a remedy was appropriate under s. 241 *CBCA*. In addition to a declaration that he had always remained a shareholder of the company, the appellant asked, as a consequence, that the resolution approving the transfer of his shares be revoked and that the company's registers be rectified accordingly.

[98] The trial judge and the majority of the Court of Appeal found that the appellant's claim was without merit on the ground that he had, in their view, expressed an intention in May 2005 to withdraw from the respondent company both as a director and officer and as a shareholder. It was therefore open to Intramodal to register the transfer of the appellant's shares to Mr. Rosati despite the fact that there had been no exchange of wills with regard to the terms of the appellant's withdrawal and even though the principal formalities required by law for the transfer of shares had not been observed. The dissenting judge found that his colleagues were disregarding the formal requirements of corporate law.

ce, en contravention à la loi et à ses propres statuts et règlements.

[96] Il importe de plus de préciser qu'il s'agit d'un recours entrepris par l'appellant à l'encontre d'Intramodal en vertu de l'art. 241 *LCSA*. Contrairement à ce que semble laisser entendre mon collègue, il ne s'agit pas d'un litige où un coactionnaire en poursuit un autre relativement à la propriété de ses actions dans la société. M. Rosati n'est pas partie au présent litige.

[97] Dans le cadre de son recours, l'appelant demande l'annulation de la résolution adoptée par la société intimée et la rectification de ses registres. En ce sens, son recours, bien que tombant sous le coup de l'art. 241 *LCSA*, aurait également pu être entrepris en vertu des art. 243 *LCSA* (rectification des registres) ou 247 *LCSA* (inobservation par la société de la loi ou de ses statuts ou règlements). L'appelant soutient qu'Intramodal a manqué à ses obligations légales en adoptant ladite résolution et en procédant à l'inscription du transfert de ses actions, alors qu'aucune des formalités requises par la loi n'avait été accomplie. La conduite de la société intimée, par son refus de reconnaître son statut d'actionnaire, est selon lui abusive et un redressement s'impose en vertu de l'art. 241 *LCSA*. En sus d'une déclaration selon laquelle il est toujours demeuré actionnaire de la société, l'appelant demande donc l'annulation de la résolution avalisant le transfert de ses actions de même que la rectification des registres de la société en conséquence.

[98] Le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont estimé que le recours de l'appellant n'était pas fondé au motif qu'il avait, selon eux, en mai 2005, exprimé son intention de se retirer de la société intimée, tant à titre d'administrateur et de dirigeant que d'actionnaire. Intramodal pouvait donc procéder à l'inscription du transfert des actions de l'appellant à M. Rosati, et ce, malgré l'absence d'échange de volontés quant aux modalités du retrait de l'appellant et même si les principales formalités prescrites par la loi en matière de transfert d'actions n'avaient pas été respectées. Le juge dissident a pour sa part conclu que l'opinion de ses collègues faisait fi du formalisme requis en droit des sociétés.

[99] According to the trial judge, the majority of the Court of Appeal and my colleagues, the fact that a shareholder expresses an intention to withdraw from a business corporation bars the shareholder from bringing any oppression proceeding for the express purpose of seeking recognition of his or her status as a shareholder. My colleague Cromwell J. finds that, in the civil law of Quebec, the expression of such an intention is equivalent to a transfer of shares. In other words, it is sufficient to cause a person to lose his or her status as a shareholder.

[100] With respect, I am of the view that the fact that one shareholder claims he and his fellow shareholder entered into an agreement for the transfer of shares does not relieve the corporation of its legal duty to make the necessary inquiries before passing a resolution approving that transfer of shares and registering the transfer in its registers. It is clear from the evidence that Intramodal did not discharge any of its legal duties in this regard. If the respondent company had made the proper inquiries, it would have discovered that the appellant's share certificate (Intramodal share certificate No. 2) had not been endorsed, contrary to the requirements of the *CBCA* and to the transfer restrictions set out on the share certificate itself and in the company's articles. It should then have refrained from registering the transfer in its registers. As well, the impugned resolution should not have been passed.

[101] In my opinion, Intramodal instead confused its interests with those of its majority shareholder, took a disturbingly lax approach in preparing its corporate documents and displayed wilful blindness as regards its legal duties. That confusion was particularly obvious — to say the least — in each of the courts below, and in this Court, where Intramodal vigorously defended the interests of its majority shareholder, who did not even see fit to intervene in the case but instead used Intramodal as his puppet. Intramodal could of course have defended itself on the allegations made against it, but it chose instead to expend its energy on defending an alleged agreement to which it was not even a party without even

[99] Suivant le raisonnement du juge de première instance, de la majorité de la Cour d'appel et de mes collègues, l'intention manifestée par un actionnaire de se retirer d'une société par actions constitue une fin de non-recevoir à tout recours pour abus visant précisément à faire reconnaître ce statut d'actionnaire. Selon mon collègue le juge Cromwell, l'expression d'une telle volonté équivaut en droit civil québécois à un transfert d'actions. En d'autres mots, elle suffit pour faire perdre à une personne son statut d'actionnaire.

[100] Avec égards, je suis d'avis que la prétention d'un actionnaire suivant laquelle une entente de transfert d'actions est intervenue entre lui et son coactionnaire ne libère pas la société en cause de son devoir légal de faire les vérifications requises avant d'entériner par résolution ce transfert d'actions et de l'inscrire dans ses registres. Or, il est manifeste, à la lumière de la preuve, qu'Intramodal n'a respecté aucune de ses obligations légales à cet égard. Si la société intimée avait procédé aux vérifications qui s'imposaient, elle aurait alors constaté que le certificat d'actions de l'appellant (certificat d'actions n° 2 d'Intramodal) n'avait pas été endossé, contrairement aux exigences de la *LCSA* et aux restrictions de transfert figurant sur le certificat d'actions lui-même ainsi que dans les statuts d'Intramodal. Cette dernière aurait dès lors dû s'abstenir d'inscrire le transfert dans ses registres. Également, la résolution contestée n'aurait pas dû être adoptée.

[101] À mon avis, Intramodal a plutôt confondu ses intérêts avec ceux de son actionnaire majoritaire et fait preuve d'un laxisme troublant dans la préparation de sa documentation corporative, ainsi que d'aveuglement volontaire quant au respect de ses obligations légales. Cette confusion a été plus qu'apparente — pour dire le moins — devant chacune des juridictions inférieures, et devant notre Cour, où Intramodal s'est employée à défendre vigoureusement les intérêts de son actionnaire majoritaire, lequel n'a même pas jugé bon d'intervenir au litige, utilisant plutôt Intramodal comme sa marionnette. Intramodal pouvait certainement se défendre des reproches formulés à son endroit,

bothering to determine its scope or verify that it was genuine.

[102] By focusing solely on the scope of the alleged agreement between the appellant and Mr. Rosati without considering the respondent company's conduct, its failure to discharge its legal duties and the consequences of that failure, the trial judge and the majority of the Court of Appeal disregarded the company's distinct legal personality as well as the basic requirements of corporate law. Rather than punishing the respondent company's unlawful conduct, they chose to endorse its actions.

[103] In addition, the trial judge made palpable and overriding errors and disregarded key evidence in arriving at the conclusion that Mr. Mennillo had transferred his shares to Mr. Rosati in May 2005.

[104] Finally, I find that the trial judge and the majority of the Court of Appeal also erred in concluding that the appellant's claim was prescribed. In this Court, the parties agreed that the appellant was, at least at some point, a shareholder of Intramodal. By challenging the respondent company's decision for unlawfully depriving him of his status, the appellant is exercising a remedy that, by its very nature, relates to his right of ownership in his shares. Neither the *CBCA* nor the *Civil Code of Québec* ("*C.C.Q.*") provides that extinctive prescription applies in such a case. As I will explain below, the ownership of shares, as opposed to the rights conferred by them, is not subject to extinctive prescription in Québec. As a result, the three-year prescription period provided for in art. 2925 *C.C.Q.* cannot be set up against the appellant's claim for oppression.

[105] For these reasons, I am of the opinion that the appeal should be allowed.

mais elle a plutôt choisi de consacrer ses énergies à la défense d'une prétendue entente à laquelle elle n'était même pas partie et dont elle ne s'était même pas donné la peine de déterminer l'étendue et de vérifier l'authenticité.

[102] Le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d'appel, en s'attachant uniquement à la portée de la prétendue entente conclue entre l'appelant et M. Rosati, sans égard à la conduite de la société intimée, au non-respect de ses obligations légales et aux conséquences de ce non-respect, ont fait fi de la personnalité juridique distincte de celle-ci ainsi que des prescriptions élémentaires du droit des sociétés. Plutôt que de sanctionner la conduite illégale de la société intimée, ils ont choisi de cautionner ses agissements.

[103] De plus, le juge de première instance a commis des erreurs manifestes et dominantes et a fait abstraction d'éléments clés de la preuve en arrivant à la conclusion que M. Mennillo aurait transféré ses actions à M. Rosati en mai 2005.

[104] Enfin, le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont également, à mon avis, eu tort de conclure que le recours de l'appelant était prescrit. Les parties s'entendent devant notre Cour pour dire que l'appelant était, à un certain moment du moins, actionnaire d'Intramodal. L'appelant, en attaquant la décision de la société intimée de le priver illégalement de son statut, exerce un recours qui, de par sa nature, se rattache à son droit de propriété sur ses actions. Ni la *LCSA* ni le *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* ») ne prévoient de prescription extinctive dans un tel cas. Tel que nous le verrons, la propriété des actions, par opposition aux droits qu'elles confèrent, ne fait pas l'objet d'une prescription extinctive au Québec. Partant, l'appelant ne peut se voir opposer, à l'encontre de son recours pour abus, le délai de prescription de trois ans de l'art. 2925 *C.c.Q.*

[105] Pour ces motifs, je suis d'avis qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi.

## II. Facts

[106] In 2004, the appellant and his long-time friend, Mr. Rosati — who worked for Canvec Logistics at the time — discussed the possibility of forming a road transportation company. They agreed that the appellant would provide the start-up financing and that Mr. Rosati would contribute his skills and contacts.

[107] In April 2004, the name “Intramodal” was reserved with Quebec’s Enterprise Registrar (“REQ”). The respondent company was incorporated on July 13, 2004. Its certificate of incorporation and its registers confirm that Mr. Rosati and Mr. Mennillo were appointed directors and officers and that Mr. Rosati held 51 and Mr. Mennillo 49 (share certificates No. 1 and No. 2) of the 100 Class “A” common shares that were issued for \$1 each.

[108] On May 25, 2005, Mr. Mennillo resigned as a director and officer of Intramodal. A notice of resignation prepared by Daniel Ovadia, acting as Intramodal’s lawyer, was sent to Mr. Mennillo, who signed it and faxed it back to Mr. Ovadia. The notice in question did not mention Mr. Mennillo’s status as a shareholder but referred only to his removal as a director and officer. The reasons for the resignation were in dispute at trial, as Mr. Mennillo and Mr. Rosati offered conflicting interpretations of the events.

[109] Intramodal remained inactive for several months. The evidence shows that on July 18, 2005, Mr. Ovadia filed an amending declaration with the REQ that specified that the appellant had been removed as a director and officer, and as a shareholder. The declaration in question was signed by Mr. Ovadia, but not by the appellant.

[110] On August 5, 2005, Mr. Rosati ceased working for Canvec Logistics. He then dedicated himself full time to getting Intramodal off the ground. In the

## II. Les faits

[106] Au cours de l’année 2004, l’appelant et son ami de longue date, M. Rosati — qui travaille alors chez Canvec Logistique —, discutent de la possibilité de créer une société œuvrant dans le domaine du transport routier. Ils conviennent que l’appelant en financera le démarrage et que M. Rosati y contribuera par le biais de ses compétences et de ses contacts.

[107] En avril 2004, le nom d’Intramodal est réservé auprès du Registraire des entreprises du Québec (« REQ »). La société intimée est constituée le 13 juillet 2004. Le certificat de constitution et les registres de la société confirment que MM. Rosati et Mennillo en sont nommés administrateurs et dirigeants et qu’ils détiennent respectivement 51 pour M. Rosati et 49 pour M. Mennillo (certificats d’actions n° 1 et n° 2) des 100 actions ordinaires de catégorie « A » émises au prix d’un dollar chacune.

[108] Le 25 mai 2005, M. Mennillo démissionne à titre d’administrateur et de dirigeant d’Intramodal. Un avis de démission, rédigé par M<sup>e</sup> Daniel Ovadia, agissant comme avocat d’Intramodal, lui est transmis, avis que M. Mennillo signe avant de le retourner à M<sup>e</sup> Ovadia par télécopieur. L’avis en question ne fait aucunement mention du statut d’actionnaire de M. Mennillo, mais seulement de son retrait à titre d’administrateur et de dirigeant. Les raisons expliquant cette démission ont fait l’objet d’un débat en première instance, MM. Mennillo et Rosati proposant des interprétations divergentes des événements.

[109] Intramodal demeurera inactive pendant plusieurs mois. La preuve révèle que le 18 juillet 2005, M<sup>e</sup> Ovadia a déposé auprès du REQ une déclaration modificative prévoyant le retrait de l’appelant à titre d’administrateur et de dirigeant, ainsi que d’actionnaire. La déclaration en question porte la signature de M<sup>e</sup> Ovadia. Nulle part toutefois n’y apparaît celle de l’appelant.

[110] Le 5 août 2005, M. Rosati cesse de travailler pour Canvec Logistique. Il s’investit alors à temps plein dans le démarrage d’Intramodal. À

fall of 2005, money was advanced by Mr. Mennillo. Intramodal officially began operating in December. Mr. Mennillo continued advancing money, which was used to finance the company's operations. As advances were made by Mr. Mennillo, the loaned amounts were recorded on cards of a Rolodex initialled by Mr. Rosati. A total of \$440,000 was advanced in that way between June 2004 and October 2006.

[111] That amount was repaid in full by Intramodal between July 3, 2006 and December 7, 2009 by means of cheques marked "consultation fees" or "management fees". During that period, Mr. Mennillo was thus paid \$690,000, which included interest and a premium, plus the applicable taxes.

[112] By 2006, the company founded by Mr. Mennillo and Mr. Rosati had become very successful.

[113] On March 24, 2006, Mr. Rosati filed with the REQ an annual declaration dated February 8, 2006 in which Mr. Mennillo was still listed as a shareholder of the company.

[114] In July 2007, at a dinner among friends, an argument broke out when Mr. Mennillo learned of the company's success. That same year (the exact date is not in evidence), Intramodal passed a retroactive resolution acknowledging Mr. Mennillo's resignation as a director and officer and approving the transfer of his shares to Mr. Rosati. That resolution, which is at the heart of this litigation and which shows that Mr. Mennillo was a shareholder of the company, at least before the transfer, was not signed by Mr. Mennillo. Nor did he ever endorse his share certificate, which remained in Intramodal's possession at all times and was never delivered to the purported transferee.

[115] In the fall of 2007, there were discussions involving the following persons: Antoine

l'automne 2005, des sommes d'argent sont avancées par M. Mennillo. En décembre, les activités d'Intramodal débutent officiellement. M. Mennillo continue d'avancer des sommes d'argent qui sont utilisées pour financer les activités de la société. Au fur et à mesure que M. Mennillo fait ces avances, les sommes prêtées sont consignées sur les fiches d'un *Rolodex* avec les initiales de M. Rosati. Au total, 440 000 \$ seront ainsi avancés entre juin 2004 et octobre 2006.

[111] Ce montant sera remboursé en totalité par Intramodal au cours de la période du 3 juillet 2006 au 7 décembre 2009, et ce, au moyen de chèques portant la mention [TRADUCTION] « frais de consultation » ou « frais de gestion » (« *consultation fees* » ou « *management fees* »). Une somme de 690 000 \$, incluant les intérêts et une prime à laquelle s'ajoutent les taxes applicables, est donc versée à M. Mennillo durant cette période.

[112] Dès 2006, l'entreprise fondée par MM. Mennillo et Rosati connaît un vif succès.

[113] Le 24 mars 2006, M. Rosati dépose au REQ une déclaration annuelle portant la date du 8 février 2006 dans laquelle M. Mennillo apparaît toujours comme actionnaire de la société.

[114] En juillet 2007, lors d'un souper entre amis, la discorde éclate alors que M. Mennillo prend conscience du succès de l'entreprise. En 2007 (la date exacte n'est pas établie par la preuve), Intramodal adopte une résolution avec effet rétroactif qui reconnaît la démission de M. Mennillo à titre d'administrateur et de dirigeant et qui entérine le transfert de ses actions à M. Rosati. Cette résolution, qui est au cœur du présent litige et qui atteste que, à tout le moins avant le transfert, M. Mennillo était actionnaire de la société, n'est pas signée par lui. Par ailleurs, le certificat d'actions de M. Mennillo ne sera jamais endossé par lui non plus. Il demeurera en tout temps entre les mains d'Intramodal et ne sera jamais délivré à son prétendu cessionnaire.

[115] Dès l'automne 2007, sont entreprises des discussions auxquelles prennent part les personnes

Papadimitriou, an accountant who was retained by several of the appellant's businesses, Paolo Carzoli, a tax lawyer who had been consulted by Mr. Papadimitriou for the occasion, and Israel Kaufman, a commercial lawyer consulted by the appellant to structure the proposed transaction. The appellant and Mr. Rosati also gave different accounts of the purpose of those discussions: according to the appellant, the purpose of the discussions was to determine a price for the redemption of his shares, while Mr. Rosati claimed that their purpose was to increase the amount of the repayment to be made to the appellant. The appellant's version was corroborated in this regard by Mr. Papadimitriou, Mr. Carzoli and Mr. Kaufman.

[116] On December 22, 2008, Intramodal amended its articles by removing any rights and privileges associated with the Class "A" to "G" shares of its capital stock and replacing them with new rights and privileges associated with Class "A" to "I" shares. New shares were issued to Fiducie Intra 4 (a trust created by Mr. Rosati) and to Mr. Rosati himself.

[117] On December 7, 2009, the appellant met Mr. Rosati at a restaurant and Mr. Rosati gave him a \$40,000 cheque from Intramodal marked "Full and Final Payment". A few days after that payment, the appellant consulted his lawyer, who then checked the "CIDREQ" reports available online and obtained copies of the declarations filed with the REQ by Intramodal. Noting that the appellant was no longer listed as a shareholder, the lawyer told him about this discovery.

[118] On February 25, 2010, Mr. Kaufman sent Intramodal a formal notice. The appellant filed a claim for oppression against the respondent company on September 7, 2010.

[119] The appellant's version of the events that led to the dispute differs from Mr. Rosati's.

[120] Mr. Rosati maintains that in the initial agreement, the appellant undertook to finance the

suivantes : Antoine Papadimitriou, comptable dont les services sont retenus par plusieurs entreprises de l'appellant, M<sup>e</sup> Paolo Carzoli, avocat fiscaliste consulté par M. Papadimitriou pour l'occasion et M<sup>e</sup> Israel Kaufman, avocat commercialiste consulté par l'appellant pour le montage de l'opération projetée. L'appellant et M. Rosati offrent également des versions différentes quant à l'objet de ces discussions : selon l'appellant, ces discussions ont pour but de fixer le prix pour le rachat de ses actions, alors que selon M. Rosati, elles visent à augmenter le montant du remboursement à verser à l'appellant. La version de l'appellant est toutefois corroborée sous ce rapport par M. Papadimitriou, M<sup>e</sup> Carzoli et M<sup>e</sup> Kaufman.

[116] Le 22 décembre 2008, Intramodal modifie ses statuts en supprimant tous les droits et privilèges afférents aux actions de catégories « A » à « G » de son capital pour les remplacer par de nouveaux droits et privilèges afférents aux actions de catégories « A » à « I ». De nouvelles actions sont émises à Fiducie Intra 4 (une fiducie créée par M. Rosati) et à M. Rosati lui-même.

[117] Le 7 décembre 2009, l'appellant rencontre M. Rosati dans un restaurant et ce dernier lui remet un chèque de 40 000 \$ tiré par Intramodal, sur lequel apparaît la mention [TRADUCTION] « règlement total et définitif » (« *Full and Final Payment* »). Quelques jours après ce paiement, l'appellant consulte son avocat, qui examine alors les rapports « CIDREQ » disponibles en ligne et obtient copie des déclarations déposées par Intramodal auprès du REQ. Il constate que l'appellant n'apparaît plus comme actionnaire et l'informe de sa découverte.

[118] Le 25 février 2010, M<sup>e</sup> Kaufman envoie une mise en demeure à Intramodal. L'appellant intente un recours pour abus contre la société intimée le 7 septembre 2010.

[119] La version de l'appellant et celle de M. Rosati diffèrent quant aux événements ayant mené au différend en cause.

[120] M. Rosati soutient que dans le cadre de l'entente initiale, l'appellant s'est engagé à assumer

respondent company and guarantee its debts. At trial, he testified that his relationship with the appellant had begun to deteriorate in July 2004. According to Mr. Rosati, the appellant expressed serious doubts at that time about his ability to successfully implement their plan. Mr. Mennillo discussed this with Mr. Rosati and told him that he intended to withdraw from the company. Mr. Rosati acknowledges that he and Mr. Mennillo at no time formally established the terms of such a withdrawal. According to Mr. Rosati, the company had not yet started operating at the time of their discussion on this subject. Mr. Rosati insisted that the appellant continue financing him, and the appellant agreed to provide him with \$300,000.

[121] The appellant categorically denies that he ever expressed an intention to withdraw from the company as a shareholder. He also denies that there was an agreement on his withdrawal as a shareholder. He admits withdrawing solely as a director and an officer, as is confirmed by his notice of resignation, and says that he did so at his friend's request. According to the appellant, a few weeks before May 25, 2005, Mr. Rosati told him that people from the Labatt Brewing Company Ltd. — a potential client — wanted to look at Intramodal's registers. Mr. Mennillo testified that Mr. Rosati told him at that time that it would be better that he withdraw while the necessary verifications were being carried out. According to Mr. Mennillo's own testimony, he resigned as a director and officer only after being promised that he would be reinstated. It was Mr. Rosati, through his lawyer, who sent the appellant a letter of resignation, which the appellant signed immediately.

[122] More specifically, the appellant's and Mr. Rosati's versions of the following events are diametrically opposed:

- With regard to a meeting at a restaurant on July 14, 2007, Mr. Rosati maintains that the appellant told him he was dissatisfied with the return on his loan. The two of them then decided to schedule a meeting to determine the amount to which the appellant was entitled in order to settle their dispute. According to Mr. Rosati,

le financement de la société intimée et à garantir son passif. Au procès, il a témoigné que sa relation avec l'appelant avait commencé à se détériorer à partir de juillet 2004. Toujours selon M. Rosati, l'appelant aurait alors exprimé de sérieux doutes quant à sa capacité à mener à bien leur projet. M. Mennillo en a discuté avec M. Rosati et lui a fait part de son intention de se retirer de la société. M. Rosati reconnaît que lui et M. Mennillo n'ont jamais formellement établi les modalités d'un tel retrait. Leur discussion à cet égard survient, toujours selon M. Rosati, alors que les activités de la société n'ont pas encore débuté. M. Rosati insiste pour que l'appelant continue de le financer, ce qu'il convient de faire à hauteur de 300 000 \$.

[121] L'appelant, pour sa part, nie catégoriquement avoir manifesté, à quelque moment que ce soit, son intention de se retirer de la société comme actionnaire. Il nie de plus qu'il y ait eu entente visant son retrait comme actionnaire. Il admet s'être retiré uniquement à titre d'administrateur et de dirigeant, comme le confirme son avis de démission, et ce, à la demande de son ami. L'appelant affirme que quelques semaines avant le 25 mai 2005, ce dernier lui aurait indiqué que des gens de La Brasserie Labatt Ltée — un client potentiel — souhaitaient consulter les registres d'Intramodal. M. Mennillo témoigne que M. Rosati lui a alors indiqué qu'il valait mieux qu'il se retire le temps que les vérifications nécessaires soient faites. Selon son propre témoignage, M. Mennillo n'aurait démissionné comme administrateur et dirigeant que sous promesse d'être rétabli dans ses fonctions. C'est M. Rosati qui, par l'entremise de son avocat, lui fait parvenir une lettre de démission que l'appelant signe immédiatement.

[122] Plus particulièrement, l'appelant et M. Rosati offrent des versions diamétralement opposées des événements suivants :

- Concernant une rencontre au restaurant le 14 juillet 2007, M. Rosati soutient que l'appelant lui a indiqué qu'il était insatisfait du rendement de son prêt. Tous les deux ont alors décidé de fixer une rencontre afin de déterminer le montant auquel l'appelant a droit et mettre fin à leur différend. Les rencontres subséquentes

the purpose of the subsequent meetings in 2007 was to increase the amount on which they had already agreed.

- The appellant maintains that it was on July 14, 2007 that he realized Intramodal was doing very well. A meeting was scheduled not only to agree on the repayment of the loans, but also to determine a price for the redemption of his shares. Discussions on this subject took place on several occasions in 2007, but they were unsuccessful. It was not until December 2009, as a result of Mr. Kaufman’s inquiries, that the appellant learned he was no longer a shareholder of Intramodal.

[123] However, Mr. Rosati and Mr. Mennillo agree on one point. There was no mention whatsoever on May 25, 2005 of the sale, exchange or gift of shares. At most, according to Mr. Rosati, because the appellant expressed an intention to withdraw from Intramodal whereas his shares had been issued to him on condition that he finance the company and guarantee its debts, he lost his status as a shareholder at that time. This is the version of the facts that was accepted by the trial judge.

### III. Decisions of the Courts Below

#### A. *Quebec Superior Court, 2012 QCCS 1640 (Poirier J.)*

[124] The trial judge was of the view that the outcome of this case depended entirely on the credibility of the witnesses. He stated that the appellant’s testimony and that of Mr. Rosati were contradictory with respect to three events in particular, namely:

- the appellant’s resignation as a director and an officer of Intramodal on May 25, 2005;
- the meeting of July 14, 2007 at the restaurant and the meeting between the appellant and Mr. Rosati on July 21, 2007; and

ayant eu lieu en 2007 visaient, toujours selon M. Rosati, à augmenter le montant déjà convenu.

- L’appelant soutient que c’est le 14 juillet 2007 qu’il a réalisé qu’Intramodal avait le vent dans les voiles. Une rencontre est fixée, non seulement pour convenir du remboursement des prêts, mais également pour déterminer le prix de rachat de ses actions. Des discussions à ce sujet auront lieu à plusieurs reprises en 2007, mais avorteront. Ce n’est qu’en décembre 2009, suite aux vérifications de M<sup>e</sup> Kaufman, qu’il apprendra qu’il n’est plus actionnaire d’Intramodal.

[123] MM. Rosati et Mennillo s’entendent toutefois sur un point. Le 25 mai 2005, il n’a jamais été question de vente, d’échange ou de donation d’actions. Tout au plus, selon M. Rosati, l’appelant ayant manifesté son intention de se retirer d’Intramodal alors que ses actions lui avaient été émises conditionnellement à ce qu’il finance la société et en garantisse le passif, il a alors perdu son statut d’actionnaire. C’est cette version des faits qui a été retenue par le juge de première instance.

### III. Décisions antérieures

#### A. *Cour supérieure du Québec, 2012 QCCS 1640 (le juge Poirier)*

[124] Le juge de première instance estime que l’issue de la présente affaire repose entièrement sur la crédibilité des témoins. Il indique que le témoignage de l’appelant et celui de M. Rosati sont contradictoires quant à trois événements en particulier, à savoir :

- la démission de l’appelant à titre d’administrateur et de dirigeant d’Intramodal en date du 25 mai 2005;
- la rencontre du 14 juillet 2007 au restaurant ainsi que celle entre l’appelant et M. Rosati le 21 juillet 2007;

- the series of meetings with the appellant’s accountant between October and December 2007.

[125] On the first of those events, the trial judge found that the reason for the appellant’s withdrawal as a director and an officer [TRANSLATION] “cannot be linked to the visit to Intramodal’s premises and the examination of the company’s books by representatives of Labatt”, thus rejecting the appellant’s claim that Mr. Rosati had asked him to resign to reassure that potential client (para. 29 (CanLII)). The trial judge rejected the appellant’s version with respect to the other events as well.

[126] The trial judge also analyzed the exhibits filed by the parties in detail. In his opinion, several of them directly contradicted the appellant’s version.

[127] He concluded from the evidence as a whole that the appellant had held 49 common shares *on condition that he finance Intramodal’s operations and guarantee all of its debts once it began operating as a business*. He also found that the shares had been distributed as follows when the respondent company was incorporated: 51 percent to Mr. Rosati and 49 percent to the appellant.

[128] More importantly, the trial judge found that it was the appellant who had asked to be removed from the company (both as a director and officer and as a shareholder) effective May 25, 2005. As of that date, in the trial judge’s view, the appellant became merely a lender of \$440,000 to Intramodal’s sole shareholder, namely Mr. Rosati. In other words, because the appellant’s shares had been issued on condition that he finance Intramodal’s operations and guarantee its debts, those shares were transferred to Mr. Rosati when the appellant expressed a wish to be relieved of his obligations to Intramodal. The appellant nevertheless continued financing Intramodal’s operations after May 25, 2005. The trial judge added that [TRANSLATION] “[t]he failure to complete the transfer of [the appellant’s] shares to Rosati resulted from an error or oversight on the part of Rosati’s lawyer” (para. 74).

- la série de rencontres avec le comptable de l’appelant, d’octobre à décembre 2007.

[125] En ce qui concerne le premier de ces événements, le juge de première instance estime que le motif du retrait de l’appelant à titre d’administrateur et de dirigeant « ne peut être lié à la visite du local de Intramodal et l’examen des livres de la compagnie par les représentants de Labatt », rejetant ainsi la prétention de l’appelant suivant laquelle M. Rosati lui aurait demandé de démissionner afin de rassurer ce client potentiel (par. 29 (CanLII)). Quant aux autres événements, il rejette également la version de l’appelant.

[126] Le juge de première instance procède en outre à une analyse détaillée des pièces produites par les parties. Il est d’avis que plusieurs d’entre elles contredisent directement la version de l’appelant.

[127] Il retient de l’ensemble de la preuve que l’appelant a détenu 49 actions ordinaires *conditionnellement à ce qu’il finance les activités d’Intramodal et garantisse l’ensemble de son passif dès que débutteraient les activités de l’entreprise*. Il retient également que, lors de la constitution de la société intimée, les actions ont été réparties de la façon suivante : 51 p. 100 pour M. Rosati et 49 p. 100 pour l’appelant.

[128] Plus important encore, le juge de première instance retient que c’est l’appelant qui a demandé son retrait de la société (tant à titre d’administrateur et de dirigeant que d’actionnaire) à compter du 25 mai 2005. Selon lui, à partir de ce jour, l’appelant devenait simple prêteur d’une somme de 440 000 \$ au seul actionnaire d’Intramodal, à savoir M. Rosati. En d’autres termes, dans la mesure où l’émission des actions de l’appelant était conditionnelle à ce que celui-ci finance les activités d’Intramodal et garantisse son passif, les actions ont été cédées à M. Rosati lorsque l’appelant a exprimé le souhait d’être libéré de ses obligations à l’égard d’Intramodal. L’appelant a pourtant continué à financer les activités d’Intramodal après le 25 mai 2005. Le juge de première instance ajoute que « [l]e fait que la cession des actions de [l’appelant] à Rosati n’ait pas été complétée résulte de l’erreur ou l’oubli de la part de

In short, in his opinion, the appellant was no longer a shareholder, director or officer of Intramodal, which meant that his claim had to be dismissed.

B. *Quebec Court of Appeal, 2014 QCCA 1515*

(1) Reasons of the Majority (Vézina and St-Pierre JJ.A.)

[129] The majority of the Court of Appeal, per Vézina J.A., agreed with the trial judge that the outcome of this case depended on the credibility of the witnesses. In the majority’s view, the trial judge had not made any palpable and overriding error that warranted the intervention of the Court of Appeal. Moreover, his assessment of the facts, including the finding that the appellant had been excluded from Intramodal as a shareholder at his own request, necessarily led to the conclusion that the claim had to be dismissed.

[130] Furthermore, the majority found that little weight should be given to the business records in this case, because the relevant documents had been prepared in a sloppy manner. They gave some examples of this, noting that, [TRANSLATION] “[c]learly, neither the parties nor their professional advisers were concerned about paperwork and formalities” and that it was therefore not surprising that the appellant’s removal as a shareholder had not been properly registered (para. 216 (CanLII)). The majority added that [TRANSLATION] “[t]his lack of duly completed and reliable documents means that it will be necessary to look to the evidence as a whole, including the depositions, in order to determine what really happened in this case and what the parties actually agreed to” (para. 219).

[131] After considering the evidence relating to the three events analyzed by the trial judge, the majority of the Court of Appeal concluded as follows:

[TRANSLATION] Counsel for Mennillo argues that Mennillo cannot have both been a shareholder and not been a shareholder. Rosati admits that he was one, so it is up to him to prove that he ceased to be one. Hence the issue of the \$49 discussed above.

l’avocat de Rosati » (par. 74). Bref, selon lui, l’appellant n’est plus détenteur d’aucune action ni administrateur ou dirigeant d’Intramodal. Son recours doit par conséquent être rejeté.

B. *Cour d’appel du Québec, 2014 QCCA 1515*

(1) Motifs des juges majoritaires (les juges Vézina et St-Pierre)

[129] La majorité de la Cour d’appel, sous la plume du juge Vézina, partage l’avis du juge de première instance selon lequel l’issue de la présente affaire repose sur la crédibilité des témoins. Selon elle, le juge de première instance n’a commis aucune erreur manifeste et dominante justifiant l’intervention de la Cour d’appel. Qui plus est, son appréciation des faits, notamment la conclusion selon laquelle c’est à sa propre demande que l’appellant a été exclu d’Intramodal comme actionnaire, menait nécessairement à la conclusion que le recours devait être rejeté.

[130] Par ailleurs, les juges majoritaires estiment que peu de poids doit être accordé aux documents de l’entreprise dans la présente affaire dans la mesure où les documents pertinents ont été rédigés sans aucune rigueur. Ils donnent quelques exemples qui les amènent à affirmer que, « [m]anifestement, ni les parties ni leurs professionnels ne se souciaient des papiers et des formalités », et qu’il n’est alors pas surprenant que le retrait de l’appellant comme actionnaire n’ait pas été dûment inscrit (par. 216 (CanLII)). Ils ajoutent que « [c]ette absence de documents dûment complétés et fiables oblige à chercher dans l’ensemble de la preuve, dont les dépositions, ce qui s’est réellement passé dans cette affaire, ce dont les parties ont vraiment convenu » (par. 219).

[131] Après avoir examiné la preuve relative aux trois événements analysés par le juge de première instance, les juges majoritaires de la Cour d’appel concluent ce qui suit :

Selon son avocat, Mennillo ne peut avoir été actionnaire et ne pas l’avoir été. Or, Rosati admet qu’il l’a été, donc c’est à lui de prouver qu’il a cessé de l’être. D’où la question des 49 \$, ci-dessus traitée.

In my opinion, and this is the only point on which I have any doubt with respect to the judgment: Can it be concluded that there was a genuine transfer of the shares from Mennillo to Rosati? It seems to me, rather, that they quite simply agreed on May 25, 2005 to retroactively cancel their agreement to associate with one another that they had originally entered into in 2004. The agreement had been reached informally, as was the cancellation thereof.

In this sense, it can be said that Mennillo was a shareholder of Intramodal and that he never was one. This is the case for any contract that is annulled *ab initio* (from the start). The owner of an immovable who applies for annulment remains the owner until the judgment, but the next day is deemed never to have been the owner. If a marriage contract is annulled, the marriage is nonetheless a putative marriage. The spouse in good faith was never married, but it is as if he or she were, as that spouse benefits from the effects of marriage.

Ultimately, it does not matter how Mennillo's removal from the company on May 25, 2005 occurred, since the parties themselves did not see fit to clarify this and observe the formalities. Whether their initial agreement was cancelled or the shares were redeemed, the fact is that only Rosati remained in the company, and he subsequently developed his business for himself and his family. [Emphasis added; paras. 224-27.]

[132] In short, although the majority did not intervene with respect to the trial judge's findings of fact, they did express doubts about his conclusion that the appellant's shares had been transferred to Mr. Rosati. There was no evidence that the terms of the appellant's removal as a shareholder had been discussed. In the majority's view, even though the two men had in fact agreed on the appellant's removal, they had not seen fit to specify how this was to occur. *Vézina and St-Pierre J.J.A.* held that insofar as the initial agreement had been entered into without any formalities, it could be cancelled in the same way.

(2) Reasons of the Dissenting Judge (Gagnon J.A.)

[133] Gagnon J.A. would have allowed the appeal on the basis that the trial judge's reasons contained

À mon avis, et c'est le seul point où j'ai un doute par rapport au jugement : peut-on conclure qu'il y a eu véritablement cession des actions de Mennillo à Rosati? Il me semble plutôt que, tout simplement, ils conviennent le 25 mai 2005 d'annuler rétroactivement leur entente d'association convenue au départ en 2004. L'entente avait été conclue sans aucun formalisme, de même son annulation.

Et en ce sens, on peut affirmer que Mennillo a été actionnaire d'Intramodal et qu'il ne l'a jamais été. C'est le cas dans tout contrat annulé *ab initio* (depuis le début). Le propriétaire d'un immeuble qui en demande l'annulation demeure propriétaire jusqu'au jugement, le lendemain il est réputé ne jamais l'avoir été. Si un contrat de mariage est annulé, ce n'en est pas moins un mariage putatif, et l'époux de bonne foi n'a jamais été marié, mais c'est tout comme, il (ou elle) bénéficie des effets du mariage.

Enfin, peu importe comment s'est effectué le retrait de Mennillo de l'entreprise le 25 mai 2005 puisque les intéressés n'ont pas jugé bon eux-mêmes de le préciser et d'y mettre les formes. Que ce soit par annulation de leur entente initiale ou par rachat d'actions, le fait est que seul Rosati est demeuré dans la société et, par la suite, il a développé son entreprise pour lui et les siens. [Je souligne; par. 224-227.]

[132] Bref, bien qu'ils n'interviennent pas quant aux conclusions factuelles du juge de première instance, les juges majoritaires expriment des doutes quant à sa conclusion selon laquelle il y a eu cession d'actions de l'appelant à M. Rosati. En effet, la preuve est muette sur l'existence de quelque discussion concernant les modalités du retrait de l'appelant à titre d'actionnaire. Selon les juges majoritaires, même si tous deux se sont effectivement entendus sur le retrait de l'appelant, ils n'ont toutefois pas cru bon de prévoir comment ce retrait s'effectuerait. De l'avis des juges *Vézina et St-Pierre*, dans la mesure où l'entente initiale avait été conclue sans aucun formalisme, elle pouvait être annulée de la même façon.

(2) Motifs du juge dissident (le juge Gagnon)

[133] Le juge Gagnon aurait pour sa part accueilli l'appel au motif que le jugement de première

errors of law and palpable and overriding errors of fact. Among other things, he faulted the trial judge, and the majority, for disregarding the law and the respondent company's articles and by-laws by reducing the case to no more than one of credibility.

[134] In Gagnon J.A.'s view, the trial judge was wrong to find that the appellant's ownership of 49 common shares of Intramodal was [TRANSLATION] "conditional" (para. 32). The legislation does not provide for conditional shareholder status, he said. Moreover, there was nothing in the respondent company's registers to support such a position.

[135] Gagnon J.A. added that [TRANSLATION] "status as a shareholder cannot depend on an informal agreement between individuals and on whether one of them chooses to resiliate it or not to resiliate it" (para. 32). He expressed the opinion that the evidence adduced at trial concerning the appellant's status as a shareholder for the period from July 13, 2004 to May 25, 2005 was indisputable. In his view, there was no doubt that the appellant was one of Intramodal's two founding shareholders. The only issue was therefore whether he ceased to be a shareholder at some point and, if so, how.

[136] On the question of a possible transfer of the appellant's shares to Mr. Rosati, Gagnon J.A. found that the onus was on Mr. Rosati to show that he was the duly registered transferee of the appellant's shares pursuant to s. 53(d) *CBCA*.

[137] In response to the respondent company's argument that the appellant's failure to make good on his undertaking to guarantee the company's debts amounted to the price paid by Mr. Rosati to acquire his shares, Gagnon J.A. observed that this confused the company's interests with those of its majority shareholder and also disregarded their distinct legal personalities.

[138] Gagnon J.A. also rejected the respondent company's alternative theory that the appellant had "given" his shares to Mr. Rosati. He relied on art. 1824 *C.C.Q.*, which provides that a gift of

instance est entaché d'erreurs de droit ainsi que d'erreurs de fait manifestes et dominantes. Il reproche entre autres au juge de première instance et aux juges majoritaires de faire abstraction de la loi ainsi que des statuts et des règlements de la société intimée lorsqu'ils réduisent le litige à une simple affaire de crédibilité.

[134] Selon le juge Gagnon, le juge de première instance ne pouvait conclure que la détention par l'appelant de 49 actions ordinaires d'Intramodal était « conditionnelle » (par. 32). Le caractère conditionnel du statut d'actionnaire, dit-il, n'est pas prévu par la loi. D'ailleurs, rien dans les registres de la société intimée n'appuie cette thèse.

[135] Le juge Gagnon ajoute que « la qualité d'actionnaire ne peut dépendre d'une entente informelle intervenue entre des individus, selon que l'un d'eux choisit ou pas de la résilier » (par. 32). Il estime que la preuve présentée en première instance relativement à la qualité d'actionnaire de l'appelant pour la période du 13 juillet 2004 au 25 mai 2005 est incontestable. Il ne fait selon lui aucun doute que l'appelant était l'un des deux actionnaires fondateurs d'Intramodal. La seule question qui se pose est donc de savoir si, à un moment ou à un autre, il a cessé de l'être et, si oui, comment.

[136] Sur la question d'un possible transfert des actions de l'appelant à M. Rosati, le juge Gagnon considère qu'il appartenait à M. Rosati de démontrer qu'il était le cessionnaire dûment inscrit des actions de l'appelant en vertu de l'al. 53d) *LCSA*.

[137] À l'argument de la société intimée selon lequel le défaut de l'appelant de respecter son engagement de garantir le passif de la société équivaldrait au prix payé par M. Rosati pour l'acquisition de ses actions, le juge Gagnon rétorque que c'est confondre l'intérêt de la société avec celui de son actionnaire majoritaire, en plus de ne pas tenir compte de leurs personnalités juridiques distinctes.

[138] Le juge Gagnon rejette également l'hypothèse avancée subsidiairement par la société intimée et selon laquelle l'appelant aurait « donné » ses actions à M. Rosati. Il s'appuie sur l'art. 1824 *C.c.Q.*,

movable property must be made by notarial act *en minute*, with one exception: where consent to a gift of such property is accompanied by delivery and immediate possession of the property. Gagnon J.A. noted that, in the instant case, Intramodal had not received any notarial contract in which Mr. Mennillo transferred his shares to Mr. Rosati. He added that the evidence did not show a manual gift from the appellant to Mr. Rosati accompanied by delivery of the instrument.

[139] Gagnon J.A. ended his reasons on this point by noting that, to have the claim dismissed, the respondent company had to show that Mr. Rosati was the actual transferee of the shares in question, which required that his share certificate be endorsed in accordance with s. 64 *CBCA*. Moreover, Intramodal's articles provided that no share could be transferred unless the board of directors passed a resolution consenting to the transfer. In the circumstances, it was quite simply not open to Intramodal to disregard these requirements and approve a transfer of shares to Mr. Rosati.

[140] Gagnon J.A. was also of the view that the trial judge should not have rejected the appellant's version of the facts and that there were palpable and overriding errors in his analysis in this regard.

[141] Finally, Gagnon J.A. also rejected the argument that the claim was prescribed.

#### IV. Issues

[142] The main issues are as follows:

- Did the respondent company, by passing the resolution approving the transfer of the appellant's shares to its majority shareholder and registering that transfer in its registers, contrary to the applicable legislation and to its own articles and by-laws, create an oppressive situation that satisfies the conditions for making a claim for oppression under s. 241 *CBCA*?

qui prévoit que la donation d'un bien meuble s'effectue par acte notarié en minute, sauf dans le seul cas où le consentement à la donation d'un tel bien s'accompagne de la délivrance et de la possession immédiate du bien. Le juge Gagnon souligne que, en l'espèce, Intramodal ne s'est vu remettre aucun contrat notarié dans lequel M. Mennillo transférait ses actions à M. Rosati. Il ajoute que la preuve ne révèle pas un don manuel de l'appelant à M. Rosati accompagné de la délivrance du titre.

[139] Le juge Gagnon termine ses motifs sur ce point en soulignant que, pour obtenir le rejet du recours, la société intimée devait démontrer que M. Rosati était le véritable cessionnaire des actions en cause, ce qui nécessitait l'endossement de son certificat d'actions, le tout conformément à l'art. 64 *LCSA*. De plus, les statuts d'Intramodal prévoient qu'aucune action ne peut être transférée sans le consentement du conseil d'administration exprimé par voie de résolution. Dans ces circonstances, Intramodal ne pouvait tout simplement pas faire fi de ces exigences et ratifier un transfert d'actions à M. Rosati.

[140] Le juge Gagnon est par ailleurs d'avis que le juge de première instance n'aurait pas dû écarter la version des faits de l'appelant et que son analyse, sur ce point, est entachée d'erreurs manifestes et dominantes.

[141] Enfin, le juge Gagnon rejette également l'argument selon lequel le recours est prescrit.

#### IV. Questions en litige

[142] Les principales questions en litige sont les suivantes :

- La société intimée, en adoptant la résolution entérinant le transfert des actions de l'appelant au bénéfice de son actionnaire majoritaire et en inscrivant ce transfert dans ses registres, en contravention de la législation applicable et de ses propres statuts et règlements, a-t-elle provoqué une situation d'abus qui satisfait aux conditions d'ouverture du recours pour abus prévu à l'art. 241 *LCSA*?

- Can the fact that the appellant expressed an intention to withdraw from the respondent company be raised against him as a bar to such a claim?
- L'appelant peut-il se voir opposer l'expression de son intention de se retirer de la société intimée comme fin de non-recevoir à un tel recours?
- Did the trial judge make palpable and overriding errors in assessing the evidence?
- Le juge de première instance a-t-il commis des erreurs manifestes et dominantes dans son appréciation de la preuve?
- Is the appellant's claim prescribed?
- Le recours de l'appelant est-il prescrit?

## V. Analysis

### A. *Importance of Formalism in Corporate Law*

[143] As I mentioned above, the analysis of the issues requires a review of some basic principles. While it is true that the appellant and Mr. Rosati did not make the effort to prepare complete documents setting out the exact terms of their business relationship and that they took a rather lax approach in preparing their corporate documents, there is no question that a corporation was indeed formed under the *CBCA* on July 13, 2004 and that the appellant was a shareholder from that date until at least May 25, 2005.

[144] A number of arguments have been advanced in this case with respect to the appellant's shares and, more specifically, to his status as a shareholder, including that the appellant was never a shareholder of the respondent company, that he agreed to transfer the shares to Mr. Rosati, that his ownership of the shares was conditional, and that the shares in question were cancelled retroactively.

[145] With regard to the cancellation of the shares, counsel for the appellant correctly noted at the hearing, in response to the reasons of the majority of the Court of Appeal, that such a cancellation can be effected only in accordance with the law, that is, by amending the corporation's articles or, if the shares have already been paid for, by redeeming them.

[146] The *CBCA* regulates the cancellation of a corporation's shares in order to ensure the integrity of the corporation's share capital and to preserve the common pledge of its creditors. It does so in

## V. Analyse

### A. *Importance du formalisme en droit des sociétés*

[143] Tel que mentionné plus avant, l'analyse des questions en litige exige un rappel de certains principes de base. S'il est vrai que l'appelant et M. Rosati se sont peu souciés de transposer dans des écrits complets les modalités exactes de leurs relations d'affaires et qu'ils ont fait preuve d'un certain laxisme dans la préparation des documents relatifs à la société, il est incontestable qu'une société a bel et bien été formée en vertu de la *LCSA* le 13 juillet 2004 et que l'appelant a été actionnaire du 13 juillet 2004 jusqu'au moins le 25 mai 2005.

[144] Le sort réservé aux actions de l'appelant en l'espèce et, en l'occurrence, à sa qualité d'actionnaire, a donné lieu à plusieurs thèses, entre autres celles suivant lesquelles l'appelant n'aurait jamais été actionnaire de la société intimée, il aurait convenu de les transférer à M. Rosati, il aurait été un actionnaire conditionnel, ou encore les actions en cause auraient été annulées rétroactivement.

[145] En ce qui concerne l'annulation des actions, l'avocat de l'appelant, à l'audience, et en réponse au jugement majoritaire de la Cour d'appel, a souligné à juste titre qu'une telle annulation ne pouvait se faire que conformément à la loi, soit par voie de modification des statuts, soit, si les actions ont déjà été payées, par voie d'achat ou de rachat.

[146] La *LCSA* encadre l'annulation des actions de la société dans le but de garantir l'intégrité du capital-actions et de préserver le gage commun des créanciers, le tout conformément à la règle du

accordance with the maintenance of capital rule, which is of particular importance in corporate law:

Although the trust fund doctrine does not completely apply to our corporate law, it nonetheless constitutes the basis of a rule which appears in the law today: the maintenance of capital rule.

This rule is inferred from statutory provisions prohibiting or submitting to solvency (federally) or accounting tests various transactions directly or indirectly having an effect on the paid-up capital of a corporation, such as the reduction of issued capital, declaration of dividends, acquisition by a corporation of its shares, issue of shares at a discount, transfer of shares not fully paid, etc. In the Quebec *Business Corporations Act*, it is telling that most of these provisions are found in a section entitled “Maintenance of share capital”.

The paid-up capital of a corporation must be maintained and safeguarded in the interest of the creditors: to this extent we can say that the trust fund doctrine is present, especially when we consider that all the above-mentioned transactions can lead to the personal liability of the directors.

The principle, which essentially comes from doctrine and case law respecting paid-up capital, is the following: a corporation is not allowed to “traffic in” its capital. The statutory provisions we have referred to merely define the limits of this principle by creating certain exceptions to the prohibition against a corporation drawing on its paid-up capital. Any action which does not fall within the scope of these exceptions infringes the maintenance of capital rule and is therefore unlawful. [Emphasis added; footnotes omitted.]

(P. Martel, *Business Corporations in Canada: Legal and Practical Aspects* (loose-leaf), at pp. 12-17 and 12-18)

[147] It should be borne in mind that, although a business corporation is similar to a partnership in some respects, as is true, for example, of relationships between the shareholders of a closely held corporation, it differs from a partnership in several ways, including the fact that it requires a stricter adherence to formalities to ensure its independent existence.

maintien du capital, laquelle est au cœur du droit des sociétés :

Même si la doctrine du *Trust fund* ne s’applique pas intégralement dans notre droit des sociétés, elle n’en constitue pas moins un fondement d’une règle qui, elle, se manifeste dans les lois actuelles : la règle du maintien du capital.

Cette règle se déduit des dispositions statutaires interdisant ou soumettant à des tests de solvabilité, au fédéral, ou comptables, diverses opérations ayant pour conséquence directe ou indirecte d’affecter le capital souscrit de la société, comme par exemple la réduction du capital émis, la déclaration de dividendes, l’acquisition de ses propres actions par la société, l’émission d’actions à escompte, le transfert d’actions impayées, etc. Dans la *Loi sur les sociétés par actions*, il est significatif que la plupart de ces dispositions soient regroupées dans une section, intitulée « Maintien du capital ».

Le capital souscrit de la société doit être maintenu, sauvegardé, et ce dans l’intérêt des créanciers : dans cette mesure, on peut parler d’une manifestation de la doctrine du *Trust fund*, surtout quand on constate que toutes les opérations mentionnées plus haut engagent la responsabilité personnelle des administrateurs.

À la base, le principe dégagé par la doctrine et la jurisprudence en matière de capital souscrit est le suivant : la société n’a pas le droit de « trafiquer » dans son capital. Les dispositions statutaires auxquelles nous avons fait allusion ne viennent que préciser les limites de ce principe, en créant certaines exceptions à cette défense pour la société de toucher à son capital souscrit. Tout geste qui n’entre pas dans le cadre de ces exceptions contrevient à la règle du maintien du capital et est de ce fait illégal. [Je souligne; notes en bas de page omises.]

(P. Martel, *La société par actions au Québec*, vol. I, *Les aspects juridiques* (feuilles mobiles), par. 12-79 à 12-82)

[147] Rappelons que la société par actions, malgré qu’elle comporte certaines similitudes avec la société de personnes, notamment en ce qui concerne les rapports entre les actionnaires dans le cas d’une société par actions à capital fermé, s’en distingue à plusieurs égards, notamment par le fait qu’elle requiert un formalisme plus grand visant à assurer son existence autonome.

[148] A business corporation is not merely the product of an agreement between associates. As Martel notes, “[a] corporation is a ‘joint stock corporation’ incorporated through the intervention of the State, not by contract, and as such it is not subject to the partnership rules in the *Civil Code*” (p. 27-32 (footnote omitted)).

[149] By choosing a business corporation as their legal vehicle for carrying on business, a company’s founders and shareholders voluntarily decide to be subject to a scheme that, although it does involve numerous formalities, also has a number of advantages, including the limited liability of directors for the corporation’s debts, which is an advantage that flows directly from the corporation’s distinct legal personality.

[150] In the case at bar, if Mr. Mennillo and Mr. Rosati had wanted consensualism to take precedence over formalism in the conduct of their affairs, they could easily have opted for a partnership, but they did not do so. Since they instead chose to create a business corporation, they cannot enjoy the advantages of such a corporation without complying with the stricter rules that apply to it.

[151] A business corporation is a legal person established for a private interest that has a distinct legal personality and patrimony: R. Crête and S. Rousseau, *Droit des sociétés par actions* (3rd ed. 2011), at para. 51. In principle, it expresses itself through the resolutions of its board of directors. Decisions of the board of directors must be made at meetings that are lawfully called, although it is also possible for all the directors to sign a given resolution in writing, in which case the resolution is as valid as if it had been passed at a meeting: s. 117(1) *CBCA*.

[152] The shareholders may exercise the management powers of the board of directors only if they enter into a unanimous shareholder agreement pursuant to s. 146 *CBCA*. Moreover, several of the many powers conferred on the board of directors may not be delegated and require authorization from the board itself: ss. 121(a) and 115(3) *CBCA*. In the

[148] Une société par actions n’est pas que le produit d’une entente entre les associés. Comme le souligne Martel : « La société est une “société par actions”, constituée par l’intervention de l’État et non pas par contrat et comme telle elle n’est pas assujettie au régime général des sociétés du Code civil » (par. 27-122 (note en bas de page omise)).

[149] En choisissant le véhicule juridique qu’est la société par actions pour exercer leurs activités, les fondateurs et actionnaires d’une telle société décident volontairement de s’assujettir à un régime qui est certes soumis à de nombreuses formalités, mais qui comporte aussi plusieurs avantages, notamment la responsabilité limitée des administrateurs quant au passif de la société, soit un avantage qui découle directement de sa personnalité juridique distincte.

[150] Dans le cas qui nous occupe, si MM. Mennillo et Rosati avaient voulu que le consensualisme prime le formalisme dans la conduite de leurs affaires, ils auraient facilement pu opter pour une société de personnes, mais ils ne l’ont pas fait. Dans la mesure où ils ont plutôt choisi de créer une société par actions, ils ne peuvent bénéficier des avantages de ce type de société sans se soumettre aux règles plus strictes qui s’y rattachent.

[151] La société par actions est une personne morale de droit privé dotée d’une personnalité juridique et d’un patrimoine distincts : R. Crête et S. Rousseau, *Droit des sociétés par actions* (3<sup>e</sup> éd. 2011), par. 51. Elle s’exprime en principe au moyen des résolutions adoptées par son conseil d’administration. Les décisions du conseil d’administration doivent se prendre lors de réunions régulièrement convoquées, à moins que tous les administrateurs ne signent une résolution écrite, auquel cas cette dernière a la même valeur que si elle avait été adoptée au cours d’une réunion : par. 117(1) *LCSA*.

[152] Les pouvoirs de gestion du conseil d’administration ne peuvent être exercés par les actionnaires que lorsque ceux-ci adoptent une convention unanime des actionnaires en vertu de l’art. 146 *LCSA*. De plus, parmi les nombreux pouvoirs conférés au conseil d’administration, plusieurs ne peuvent être délégués et doivent faire l’objet d’une

instant case, no unanimous shareholder agreement was entered into.

[153] Once the shareholders have in fact subscribed for shares, the invested amounts belong to the corporation. That capital is locked in in such a way that shareholders cannot recover their investments unilaterally or liquidate some or all of the corporation's assets at the expense of its creditors. This is the maintenance of capital principle.

[154] This principle also implies that the shareholders cannot agree among themselves to authorize one of them to require the corporation to redeem his or her shares and thus to withdraw from the corporation without its intervening.

[155] Various statutes place considerable value on corporate documents as a way to protect third parties (including creditors) that rely on them to assess the corporation's situation. One such statute is Quebec's *Act respecting the legal publicity of enterprises*, CQLR, c. P-44.1.

[156] The formalities provided for in corporate legislation are not merely a matter of "form" as suggested by the trial judge, the majority of the Court of Appeal and my colleague Cromwell J. Rather, the observance of such formalities must be viewed as conditions for the validity of the acts of the corporation, its directors and its shareholders. They are imposed to give effect to the principle that a corporation has a distinct legal personality and to the maintenance of capital principle, and they are necessary to protect the corporation's patrimony, the common pledge of its creditors.

[157] Furthermore, these principles cannot be variable. The principle that a corporation has a distinct legal personality and the maintenance of capital principle are just as important in the case of a small company as in that of a large one, if not more so. Although expectations may vary from one shareholder to another in the case of a closely held

autorisation du conseil lui-même : al. 121a) et par. 115(3) *LCSA*. On notera que, en l'espèce, aucune convention unanime des actionnaires n'a été signée.

[153] Dès que les actionnaires ont bel et bien procédé à la souscription des actions, les montants investis appartiennent à la société. Ce capital est immobilisé de manière que les actionnaires ne puissent récupérer unilatéralement leur investissement et liquider partiellement ou totalement les actifs de la société au détriment des créanciers de cette dernière. Il s'agit du principe du maintien du capital.

[154] Ce principe implique en outre que l'accord des actionnaires entre eux ne peut permettre à l'un d'eux de forcer le rachat par la société des actions qu'il détient et d'ainsi se retirer de la société sans l'intervention de cette dernière.

[155] Différentes lois accordent une valeur considérable à la documentation corporative d'une société, et ce, afin de protéger les tiers (dont les créanciers) qui s'y fient pour connaître la situation de la société, dont, au Québec, la *Loi sur la publicité légale des entreprises*, RLRQ, c. P-44.1.

[156] Les formalités prévues par les lois relatives aux sociétés par actions ne relèvent pas que de la « forme » comme le laissent entendre le juge de première instance, les juges majoritaires de la Cour d'appel, de même que mon collègue le juge Cromwell. Il faut plutôt voir dans leur respect la condition de la validité des actes de la société, de ses administrateurs et de ses actionnaires. Elles sont imposées en raison du principe de la personnalité juridique distincte de la société et du principe du maintien du capital et elles sont nécessaires à la protection du patrimoine de la société, gage commun de ses créanciers.

[157] Ces principes ne peuvent d'ailleurs être à géométrie variable. Le principe de la personnalité juridique distincte de la société et celui du maintien du capital sont tout aussi importants — sinon plus — dans le cas d'une petite société que dans celui d'une grande. Bien que les attentes des actionnaires puissent varier de l'un à l'autre dans le

corporation, this does not diminish the importance of these principles. The same is true of the formalities provided for by law to ensure that they are adhered to.

[158] In light of the above, the conclusion of the majority of the Court of Appeal that the agreement between the two shareholders regarding the appellant's shares was cancelled retroactively, simply by their consenting to its being cancelled, and that this cancellation had some effect on the company even though the necessary formalities were not observed, jeopardizes important pillars of Canadian corporate law.

[159] Assuming that Mr. Mennillo and Mr. Rosati did in fact enter into an agreement concerning a specific juridical operation in order to terminate or change the terms of their business association — which the evidence in no way shows — that agreement could not be set up against the respondent company in respect of the shares in question unless the necessary formalities were performed.

[160] The appellant argues, as did the dissenting Court of Appeal judge, that the majority of the Court of Appeal erred in completely disregarding the *CBCA*'s mandatory formalities for redeeming and transferring shares. In my view, the appellant is right. The reasoning of the majority of the Court of Appeal amounts to equating a business corporation with a partnership and seriously undermines the principle that a corporation has a distinct legal personality and the maintenance of capital principle, thereby creating uncertainty with respect to transactions involving the share capital of corporations.

[161] With respect, the fact that the appellant and Mr. Rosati themselves disregarded the necessary formalities in the way they conducted their affairs did not authorize the Superior Court and the majority of the Court of Appeal to do the same.

[162] As Idington J. of this Court noted in *Smith v. Gow-Ganda Mines, Ltd.* (1911), 44 S.C.R. 621, at p. 624, it is true that shareholders can enter into

cas d'une société par actions à capital fermé, l'importance de ces principes n'est pas pour autant diminuée. Il en va de même des formalités prévues par la loi pour faire respecter ces principes.

[158] À la lumière de ce qui précède, la conclusion des juges majoritaires de la Cour d'appel selon laquelle il y a eu annulation rétroactive de l'entente entre les deux actionnaires quant aux actions de l'appellant sur simple consentement de ceux-ci et que cette annulation a eu quelque effet que ce soit sur la société, en dépit de l'absence du formalisme requis, met en péril des piliers importants du droit canadien des sociétés.

[159] À supposer qu'une entente sur une opération juridique précise soit effectivement intervenue entre MM. Mennillo et Rosati afin de mettre fin à leur association d'affaires ou d'en changer les modalités — ce que la preuve ne révèle d'aucune façon —, pour que cette entente puisse être opposable à la société intimée eu égard aux actions en cause, les formalités requises devaient être accomplies.

[160] À l'instar du juge dissident de la Cour d'appel, l'appellant reproche aux juges majoritaires de la Cour d'appel d'avoir complètement fait abstraction des formalités impératives de la *LCSA* en matière de rachat et de transfert d'actions. À mon avis, l'appellant a raison. Le raisonnement des juges majoritaires de la Cour d'appel revient à assimiler la société par actions à une société de personnes et porte sérieusement atteinte au principe de la personnalité juridique distincte de la société par actions et à celui du maintien du capital et, ce faisant, il sème l'incertitude quant à la sécurité des opérations relatives au capital-actions des sociétés.

[161] Avec égards, le fait que l'appellant et M. Rosati eux-mêmes ont fait abstraction du formalisme requis dans leur façon de mener leurs affaires n'autorisait pas la Cour supérieure et les juges majoritaires de la Cour d'appel à faire de même.

[162] Comme le souligne le juge Idington de notre Cour dans l'arrêt *Smith c. Gow-Ganda Mines, Ltd.* (1911), 44 R.C.S. 621, p. 624, les actionnaires

various agreements as part of their business relationship, but for such agreements to be binding on the corporation, it is imperative that the statutory formalities be observed.

### B. *Significance of Formalism in Corporate Law*

[163] In their respective reasons, the trial judge and the majority of the Court of Appeal relied heavily, to justify dismissing the appellant's claim for oppression, on his having expressed an intention to withdraw from the respondent company as a director, officer and shareholder. They were of the view that the only issue in this case was one of credibility.

[164] With respect, this conclusion completely disregards the formalism that is required in corporate law. It also completely disregards the respondent company's distinct legal personality. By focusing solely on whether the appellant had expressed an intention to withdraw from the respondent company, the trial judge and the majority of the Court of Appeal sidestepped the main issue: whether the respondent company's conduct was oppressive.

[165] Section 76 *CBCA* could not be any clearer. A corporation may not register a transfer of shares in its registers without first making certain inquiries. The legislation imposes some very strict requirements to be met before a transfer of shares is registered, including that the security be endorsed and that the transfer be rightful:

**76 (1)** Where a security in registered form is presented for transfer, the issuer shall register the transfer if

- (a) the security is endorsed by an appropriate person as defined in section 65;
- (b) reasonable assurance is given that that endorsement is genuine and effective;
- (c) the issuer has no duty to inquire into adverse claims or has discharged any such duty;

peuvent certes, dans le cadre de leur relation d'affaires, conclure différentes ententes, mais pour que ces ententes engagent la société, les formalités prévues par la loi doivent impérativement être respectées.

### B. *Portée du formalisme en droit des sociétés*

[163] Dans leurs motifs respectifs, le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d'appel insistent abondamment sur l'intention exprimée par l'appelant de se retirer de la société intimée à titre d'administrateur, de dirigeant et d'actionnaire pour justifier le rejet de son recours pour abus. Ils sont d'avis que la présente affaire ne soulève qu'une simple question de crédibilité.

[164] Avec égards, une telle conclusion ne tient aucunement compte de la portée du formalisme qui s'impose en droit des sociétés. De plus, cette conclusion fait totalement abstraction de la personnalité juridique distincte de la société intimée. Le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d'appel, en ne se préoccupant que de la question de savoir si l'appelant avait exprimé son intention de se retirer de la société intimée, ont esquivé la principale question en litige, à savoir celle du caractère abusif ou non de la conduite de la société intimée.

[165] L'article 76 *LCSA* est on ne peut plus clair. Une société ne peut inscrire un transfert d'actions dans ses registres sans d'abord procéder à certaines vérifications. La loi soumet l'inscription d'un transfert d'actions à des conditions préalables très strictes, dont l'endossement du titre et le caractère régulier du transfert :

**76 (1)** L'émetteur doit procéder à l'inscription du transfert d'une valeur mobilière nominative lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- a) la valeur mobilière est endossée par une personne compétente au sens de l'article 65;
- b) des assurances suffisantes sur l'authenticité et la validité de cet endossement sont données;
- c) il n'est pas tenu de s'enquérir de l'existence d'oppositions ou il s'est acquitté de cette obligation;

(d) any applicable law relating to the collection of taxes has been complied with;

(e) the transfer is rightful or is to a *bona fide* purchaser; and

(f) any fee referred to in subsection 49(2) has been paid.

(2) Where an issuer has a duty to register a transfer of a security, the issuer is liable to the person presenting it for registration for loss resulting from any unreasonable delay in registration or from failure or refusal to register the transfer.

[166] The *CBCA* and the respondent company's articles and by-laws required the company to make certain minimal inquiries before registering the transfer, one of which involved ensuring that the appellant's share certificate had been endorsed. The respondent company's failure to make such inquiries in this case was in itself a form of oppression. This conclusion is even more valid where, as here, this requirement is set out in black and white on the share certificate.

[167] It is contrary to basic principles of Quebec civil law to argue, as the respondent company does, that the intention expressed by the appellant in this case resulted in an agreement of wills even though there was no agreement on the juridical operation being contemplated. If the appellant and Mr. Rosati did not actually agree, on May 25, 2005, on the terms of the appellant's withdrawal from the respondent company as a shareholder, the intention the appellant expressed in this regard was at most an offer to contract. To conclude that the expression of such an intention bars the appellant's claim for oppression — thereby approving after the fact the transfer registered by the respondent company in its registers — is contrary to the law, to fairness and to common sense.

### C. *Oppression Remedy*

[168] For the purposes of my analysis on the oppression remedy, I will deal in turn with: (1) the conditions for making a claim for oppression, (2) the duties owed by the respondent company

d) les lois relatives à la perception de droits ont été respectées;

e) le transfert est régulier ou est effectué au profit d'un acheteur de bonne foi;

f) les droits prévus au paragraphe 49(2) ont été acquittés.

(2) L'émetteur tenu de procéder à l'inscription du transfert d'une valeur mobilière est responsable, envers la personne qui la présente à cet effet, du préjudice causé par tout retard indu ou par tout défaut ou refus.

[166] La *LCSA* de même que les statuts et les règlements de la société intimée exigeaient que cette dernière fasse un minimum de vérifications, notamment s'assurer que le certificat d'actions de l'appelant avait été endossé, avant de procéder à l'inscription du transfert. L'omission de telles vérifications par la société intimée en l'espèce constituait en soi une forme d'abus. Pareille conclusion est d'autant plus justifiée lorsque, comme dans la présente affaire, cette exigence figure en toutes lettres dans le certificat d'actions.

[167] Soutenir, comme le fait la société intimée, que l'intention exprimée par l'appelant en l'espèce donnait lieu à un accord de volontés, et ce, malgré l'absence d'entente quant à l'opération juridique projetée, va à l'encontre de principes élémentaires du droit civil québécois. Si l'appelant et M. Rosati ne se sont effectivement pas entendus le 25 mai 2005 sur les modalités du retrait de l'appelant à titre d'actionnaire de la société intimée, l'intention exprimée par l'appelant à cet égard constituait tout au plus une offre de contracter. Conclure que l'expression d'une telle intention constitue une fin de non-recevoir au recours pour abus de l'appelant — avalisant ainsi a posteriori le transfert inscrit par la société intimée dans ses registres — heurte la loi, l'équité et le sens commun.

### C. *Recours pour abus*

[168] Pour les fins de mon analyse au sujet du recours pour abus, j'aborderai tour à tour : (1) les conditions d'ouverture de ce recours, (2) les obligations de la société intimée quant à l'inscription d'un

in registering a transfer of shares and the oppression that resulted from its failure to discharge them, (3) the alleged agreement between the appellant and Mr. Rosati regarding the shares in question and, finally, (4) the question whether the claim is prescribed.

(1) Conditions for Making a Claim for Oppression

[169] Section 241(2) *CBCA* provides that a complainant may apply to a court to rectify matters resulting from a corporation's conduct where

- (a) any act or omission of the corporation . . . effects a result,
- (b) the business or affairs of the corporation . . . are or have been carried on or conducted in a manner, or
- (c) the powers of the directors of the corporation . . . are or have been exercised in a manner

that is oppressive or unfairly prejudicial to or that unfairly disregards the interests of any security holder, creditor, director or officer . . . .

[170] In *Budd v. Gentra Inc.* (1998), 111 O.A.C. 288, the Ontario Court of Appeal described the purpose of the oppression remedy and the nature of the relevant conduct as follows:

Section 241 provides a statutory means whereby corporate stakeholders may gain redress for corporate conduct which has one of the effects described in s. 241(2). The section serves as a judicial brake against abuse of corporate powers, particularly, but not exclusively, by those in control of a corporation and in a position to force the will of the majority on the minority. Section 241 enables the court to intercede in the affairs and operation of a corporation and to effectively override the decisions of those charged with the responsibility of corporate governance. [para. 32]

[171] The oppression remedy introduced by the reform of corporate law that began in the 1970s

transfert d'actions et la situation d'abus provoquée par son omission de s'en acquitter, (3) la prétendue entente entre l'appelant et M. Rosati quant aux actions en cause et, enfin, (4) la question de la prescription du recours.

(1) Les conditions d'ouverture du recours pour abus

[169] Le paragraphe 241(2) *LCSA* prévoit qu'un plaignant peut demander au tribunal de redresser toute situation provoquée par la société lorsqu'elle

abuse des droits des détenteurs de valeurs mobilières, créanciers, administrateurs ou dirigeants, ou, se montre injuste à leur égard en leur portant préjudice ou en ne tenant pas compte de leurs intérêts :

- a) soit en raison de son comportement;
- b) soit par la façon dont elle conduit ses activités commerciales ou ses affaires internes;
- c) soit par la façon dont ses administrateurs exercent ou ont exercé leurs pouvoirs.

[170] La Cour d'appel de l'Ontario, dans l'affaire *Budd c. Gentra Inc.* (1998), 111 O.A.C. 288, décrit ainsi l'objet du recours pour abus et la nature de la conduite visée :

[TRADUCTION] L'article 241 [de la *LCSA*] permet à un intéressé dans la société d'obtenir une ordonnance pour remédier au comportement de la société qui a l'un des effets mentionnés au par. 241(2). Il constitue un frein judiciaire à l'abus des pouvoirs de la société, en particulier, mais pas seulement, par les actionnaires majoritaires susceptibles d'infléchir la volonté des actionnaires minoritaires. L'article 241 permet au tribunal de s'immiscer dans les affaires et dans l'exploitation d'une société et d'annuler les décisions des personnes auxquelles incombe la régie de l'entreprise. [par. 32]

[171] Le recours pour abus introduit par la réforme du droit des sociétés amorcée dans les années

gives the courts significant powers in respect of the internal affairs of the corporation in question. It is an equitable remedy that, *inter alia*, allows a corporation's directors, officers and shareholders to resolve their disputes in a case involving oppression.

[172] Shareholders of a closely held corporation sometimes find it unnecessary to enter into a detailed agreement to govern their internal relationships. However, a shareholder may have legitimate expectations that go beyond what is specifically provided for in the corporation's articles and by-laws; an oppression remedy such as the one provided for in s. 241 *CBCA* is therefore all the more justified.

[173] As this Court noted in *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*, 2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560, s. 241 *CBCA* is extremely broad in scope. The broad powers this section confers on a court enable the court, *inter alia*, to prevent a corporation from arguing that, because its actions were lawful, the oppression remedy is not available to a complainant: Crête and Rousseau, at paras. 1576-77.

[174] In some circumstances, where an alleged illegality is also oppressive or unfairly prejudicial, the oppression remedy will also make it possible to sanction a corporation for failure to discharge its legal duties, although proof of such a failure is not a prerequisite under s. 241 *CBCA*:

... the oppression remedy does not turn on legal rights as much as on concepts of fairness and equity. Conduct may be oppressive even if it is "legal" in the sense that it is based on the exercise of a legal right. The remedy gives the court broad, equitable jurisdiction to enforce not just what is legal but what is fair. Although some courts have tied oppression relief to the establishment of some type of common legal claim, the oppression remedy is not simply a codification of the common law. The weight of jurisprudence holds that, although a breach of a legal duty will constitute oppression, it is not a prerequisite to a finding of oppression. As a result, a finding of oppression does not require the applicant to

70 confère aux tribunaux d'importants pouvoirs à l'égard des affaires internes de la société visée. Il s'agit d'un recours en equity qui permet notamment aux administrateurs, aux dirigeants et aux actionnaires d'une société de résoudre leurs conflits en cas d'abus.

[172] Dans une société par actions à capital fermé, les actionnaires jugent parfois inutile de conclure une entente détaillée pour régir leurs rapports internes. Or, un actionnaire peut avoir des attentes légitimes qui dépassent le cadre de ce qui est spécifiquement prévu dans les statuts et règlements de la société; un recours pour abus comme celui que prévoit l'art. 241 *LCSA* est donc d'autant plus justifié.

[173] Comme le rappelle notre Cour dans l'arrêt *BCE Inc. c. Détenteurs de débetures de 1976*, 2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560, la portée de l'art. 241 *LCSA* est extrêmement large. Les vastes pouvoirs conférés au tribunal par cette disposition lui permettent notamment d'empêcher la société d'opposer la légalité de ses actes comme fin de non-recevoir au recours pour abus d'un plaignant : Crête et Rousseau, par. 1576-1577.

[174] Le recours pour abus permettra également, dans certaines circonstances, lorsque l'illégalité alléguée constitue par ailleurs un abus ou un acte injustement préjudiciable, de sanctionner la société qui omet de se conformer à ses obligations légales, même si la démonstration d'une telle omission ne constitue pas une condition préalable aux fins de l'art. 241 *LCSA* :

[TRADUCTION] ... le recours pour abus repose moins sur des droits reconnus par la loi que sur des notions d'équité et de justice. Une conduite peut être abusive même si elle est "légale" au sens où elle résulte de l'exercice d'un droit reconnu par la loi. L'exercice du recours confère au tribunal le pouvoir général, fondé sur l'equity, de faire respecter non seulement ce qui est légal, mais aussi ce qui est juste. Certains tribunaux ont subordonné leur intervention à l'établissement d'une quelconque réclamation en common law, mais le recours pour abus n'est pas seulement le résultat de la codification de la common law. Il appert de la jurisprudence que même si le manquement à une obligation légale constitue un abus,

establish conduct that is subject to redress at law. When determining whether conduct is oppressive, courts have been admonished to look at business realities and not narrow legalities. [Emphasis added; footnotes omitted.]

(M. Koehnen, *Oppression and Related Remedies* (2004), at pp. 78-79)

[175] According to the analytical approach set out in *BCE*, a court must proceed in two stages in considering a claim under s. 241 *CBCA*. First, the court must determine whether the evidence shows that the complainant had a reasonable expectation having regard to the facts of the case before it. Then, it must determine whether the conduct contrary to that expectation was oppressive or unfairly prejudicial within the meaning of s. 241 *CBCA*: *BCE*, at para. 68.

[176] If the court concludes that there was oppressive conduct on the corporation's part, it then has a broad discretion to decide what remedial order to make. Section 241 *CBCA* contains a non-exhaustive list of orders that can be made; the contemplated order must take the parties' mutual interests into account.

[177] At the first stage, that of the reasonable expectation, the court can consider various factors, as this Court noted in *BCE* (at para. 72):

Factors that emerge from the case law that are useful in determining whether a reasonable expectation exists include: general commercial practice; the nature of the corporation; the relationship between the parties; past practice; steps the claimant could have taken to protect itself; representations and agreements; and the fair resolution of conflicting interests between corporate stakeholders.

[178] I cannot subscribe to the view that, by expressing an intention to withdraw from the respondent company as a shareholder, Mr. Mennillo extinguished any reasonable expectations he may

il n'est pas requis pour que l'on puisse conclure à l'abus. Partant, pour prouver l'abus, le demandeur n'a pas à établir l'existence d'une conduite qui justifie un redressement en droit. On a exhorté les tribunaux appelés à se prononcer sur le caractère abusif d'une conduite à tenir compte de la réalité commerciale et non des considérations strictement juridiques. [Je souligne; notes en bas de page omises.]

(M. Koehnen, *Oppression and Related Remedies* (2004), p. 78-79)

[175] Dans le cadre d'un recours fondé sur l'art. 241 *LCSA*, le tribunal doit, suivant la méthode d'analyse mise de l'avant dans l'arrêt *BCE*, procéder en deux étapes. Il doit d'abord déterminer si la preuve démontre une attente raisonnable du plaignant compte tenu des faits propres à l'espèce. Il doit ensuite déterminer si la violation de cette attente constitue un abus ou un acte injustement préjudiciable au sens de l'art. 241 *LCSA* : *BCE*, par. 68.

[176] Lorsque le tribunal conclut qu'il y a eu conduite abusive de la part de la société, il dispose alors d'un large pouvoir discrétionnaire pour choisir l'ordonnance réparatrice à rendre. L'article 241 *LCSA* prévoit une liste non exhaustive d'ordonnances qu'il peut imposer, l'ordonnance envisagée devant prendre en compte les intérêts mutuels des parties.

[177] À la première étape axée sur l'attente raisonnable, le tribunal peut prendre en compte différents facteurs, comme l'a rappelé notre Cour dans *BCE* (par. 72) :

Des facteurs utiles pour l'appréciation d'une attente raisonnable ressortent de la jurisprudence. Ce sont notamment les pratiques commerciales courantes, la nature de la société, les rapports entre les parties, les pratiques antérieures, les mesures préventives qui auraient pu être prises, les déclarations et conventions, ainsi que la conciliation équitable des intérêts opposés de parties intéressées.

[178] Je ne puis souscrire à l'opinion selon laquelle en exprimant l'intention de se retirer de la société intimée à titre d'actionnaire, M. Mennillo mettait fin à toutes attentes raisonnables qu'il pouvait

have had as regards his remaining on the company's books as a shareholder, or that the expression of that intention barred his claim for oppression. By that logic, the mere expression of an intention to withdraw from a corporation as a shareholder would also extinguish the reasonable expectation that the corporation in question will act in accordance with the law and with its articles and by-laws and will make the necessary inquiries before depriving a person of his or her shareholder status, thereby defeating the oppression remedy. I cannot accept this reasoning for the reasons that follow.

[179] First, the *CBCA* itself does not limit access to the oppression remedy in such a manner. Section 238 provides that a complainant (including one who makes a claim for oppression) may be a registered holder of a security but may also be a former registered holder of a security of a corporation. The s. 241 remedy is therefore available to a former shareholder, not only one who has allegedly expressed an intention to cease to be a shareholder, but also one who has allegedly completed a specific juridical operation by which he or she effectively transferred his or her shares.

[180] Next, where the complainant's expectations are based on strict legal rules and the corporation's impugned conduct is alleged to have been unlawful, it is my view that the question of reasonable expectations plays an extremely limited role, or even no role at all. This is readily understandable, since shareholders are entitled to expect a corporation to act in accordance with its articles and by-laws and, more generally, with the law. These are, so to speak, presumed expectations:

It is submitted that the shareholders' reasonable expectations analysis is the most appropriate theory to determine whether the interests of a shareholder have been unfairly prejudiced or unfairly disregarded in the context of a closely-held corporation. The analysis goes to the heart of the unfairness on an intuitive level. It also defines the standard of unfairness in a manner that is conducive to a principled application at law.

Of course other circumstances can attract the remedial scope of the oppression remedy. Corporate action which

avoir de demeurer dans les registres de la société en tant qu'actionnaire, ni que l'expression de cette intention constituait une fin de non-recevoir à son recours pour abus. Selon cette logique, la simple expression de l'intention de se retirer d'une société en tant qu'actionnaire mettrait également fin à l'attente raisonnable que la société en question agisse en conformité avec la loi et ses statuts et règlements et qu'elle procède aux vérifications requises avant de priver une personne de son statut d'actionnaire, faisant ainsi échec au recours pour abus. Je ne peux souscrire à ce raisonnement pour les raisons qui suivent.

[179] Tout d'abord, la *LCSA* elle-même ne limite pas ainsi l'accès au recours pour abus. En effet, l'art. 238 prévoit qu'un plaignant (notamment en cas de recours pour abus) peut être le détenteur inscrit de valeurs mobilières, mais également un ancien détenteur de valeurs mobilières d'une société. Donc, le recours prévu à l'art. 241 est ouvert à un ancien actionnaire, non seulement celui qui aurait exprimé une intention de ne plus l'être, mais aussi celui qui aurait conclu une opération juridique précise en vertu de laquelle il a effectivement cédé ses actions.

[180] Ensuite, lorsque les attentes du plaignant se fondent sur le droit strict, et qu'il allègue l'illégalité de la conduite reprochée à la société, je suis d'avis que la question des attentes raisonnables joue un rôle extrêmement limité et n'en joue peut-être même aucun. Cela se comprend aisément puisque les actionnaires sont en droit de s'attendre à ce que la société agisse en conformité avec ses statuts et règlements et, plus généralement, avec la loi. Il s'agit pour ainsi dire d'attentes présumées :

[TRADUCTION] Les attentes raisonnables de l'actionnaire constitueraient le meilleur cadre d'analyse pour décider si une société fermée s'est montrée injuste à l'égard d'un actionnaire en lui portant préjudice ou en ne tenant pas compte de ses intérêts. L'analyse s'attache alors intrinsèquement à la notion d'injustice et se veut intuitive. Elle définit aussi l'injustice d'une manière propice à l'application d'un principe de droit.

D'autres situations peuvent évidemment justifier le prononcé d'une ordonnance pour remédier à un abus.

is contrary to the constitution of the corporation, or which constitutes a breach by the directors of their duties to the corporation, may be considered to be oppressive, or to unfairly prejudice or unfairly disregard the interests of the shareholders. In these situations, an analysis of shareholders' reasonable expectations is arguably of little substantive importance. To say that shareholders have a reasonable expectation that corporate action will be taken lawfully, or that directors will act in accordance with their duties, is a rather banal statement. The conclusion that unlawful conduct should give rise to relief under the oppression remedy could be reached on the basis of an alternative theory. [Emphasis added.]

(J. A. Champion, S. A. Brown and A. M. Crawley, “The Oppression Remedy: Reasonable Expectations of Shareholders”, in *Law of Remedies: Principles and Proofs* (1995), 229, at p. 249)

[181] In my view, the question of reasonable expectations is of greater relevance to the determination of a shareholder's rights that are not specifically provided for in the legislation and in the corporation's articles and by-laws. Indeed, this Court observed in *BCE* that “[the] oppression [remedy] gives a court broad, equitable jurisdiction to enforce not just what is legal but what is fair” (para. 58).

[182] As a result, where, as in the instant case, a corporation is alleged to have acted unlawfully, the focus of the analysis is not so much on the question of reasonable expectations as on that of whether the corporation's conduct was in fact unlawful and, therefore, oppressive: Martel, at p. 31-80.

[183] While it is true, as the Court noted in *BCE*, that “[t]he size, nature and structure of the corporation are relevant factors in assessing reasonable expectations” and that “[c]ourts may accord more latitude to the directors of a small, closely held corporation to deviate from strict formalities than to the directors of a larger public company” (para. 74), that latitude depends, of course, on the nature of the alleged violation.

L'acte de la société qui va à l'encontre de ses statuts constitutifs ou qui constitue un défaut, par les administrateurs, de respecter leurs obligations envers la société peut être considéré comme un abus des droits de l'actionnaire ou comme une mesure injuste lui causant préjudice ou ne tenant pas compte de ses intérêts. Dans de telles situations, on pourrait soutenir que l'analyse fondée sur les attentes raisonnables de l'actionnaire a peu de pertinence. Que l'actionnaire s'attende raisonnablement à ce que la société agisse en toute légalité ou à ce que les administrateurs agissent conformément à leurs obligations est plutôt évident. La conclusion selon laquelle une conduite illégale devrait permettre un redressement dans le cadre d'un recours pour abus pourrait être tirée par application d'une autre théorie. [Je souligne.]

(J. A. Champion, S. A. Brown et A. M. Crawley, « The Oppression Remedy : Reasonable Expectations of Shareholders », dans *Law of Remedies : Principles and Proofs* (1995), 229, p. 249)

[181] À mon avis, la question des attentes raisonnables a une plus grande pertinence lorsqu'il s'agit de déterminer les droits d'un actionnaire au-delà de ce qui est spécifiquement prévu dans la loi et les statuts et règlements de la société. D'ailleurs, notre Cour, dans *BCE*, rappelait que « la demande de redressement pour abus [. . .] confère au tribunal un vaste pouvoir, en equity, d'imposer le respect non seulement du droit, mais de l'équité » (par. 58).

[182] En conséquence, lorsque l'illégalité de la conduite de la société est alléguée, comme c'est le cas en l'espèce, l'analyse ne porte pas tant sur la question des attentes raisonnables que sur celle visant à déterminer si la conduite de la société est effectivement illégale et, partant, abusive : Martel, par. 31-213.

[183] S'il est vrai, comme le souligne notre Cour dans *BCE*, que « [l]a taille, la nature et la structure de la société constituent [. . .] des facteurs pertinents dans l'appréciation d'une attente raisonnable » et qu'« [i]l est possible que les tribunaux accordent une plus grande latitude pour déroger à des formalités strictes aux administrateurs d'une petite société fermée qu'à ceux d'une société ouverte de plus grande taille » (par. 74), cette latitude dépend bien sûr de la nature de la violation alléguée.

[184] In sum, mere irregularities that are not oppressive or unfairly prejudicial will not be sufficient to justify granting the remedy to the complainant. On the other hand, a failure to comply with a mandatory legislative provision or with the requirements set out in the corporation's articles and by-laws that relate to the very recognition of shareholder status may justify granting the oppression remedy. In my view, this is particularly important for the protection of a minority shareholder in a closely held corporation like Intramodal. Otherwise, what remedy would be available to a shareholder who claims to have been unlawfully dispossessed?

(2) Oppressive Conduct on the Respondent Company's Part

[185] In this case, several aspects of the respondent company's conduct are problematic.

[186] First of all, there is the impugned resolution, which was passed in 2007, retroactive to 2005. There is nothing more specific in the evidence as regards the date it was passed. The resolution, of which the appellant learned only after he had brought his claim, reads as follows:

**IT WAS RESOLVED THAT:**

- . . .
5. The Corporation also hereby approves and accepts the transfer by **Johnny MENNILLO** of the Forty-Nine (49) Class "A" Shares registered in his name, represented by Certificate number 2 unto **Mario ROSATI**.
  6. In view of said transfer of Shares, it is hereby confirmed that effective this day **Mario ROSATI** is the Sole Shareholder of the Corporation, having One Hundred (100) Class "A" Shares registered in his name.

Each and every of the foregoing six (6) Resolutions is hereby consented to by the Sole Director and Sole Shareholder of the Corporation entitled to vote on such Resolutions pursuant to the Canada Business Corporations

[184] En somme, de simples irrégularités, qui ne constituent pas pour autant un abus ou un acte injustement préjudiciable, ne seront pas suffisantes pour donner ouverture au recours du plaignant. À l'inverse, l'omission de se conformer à une disposition impérative de la loi ainsi qu'aux exigences prévues par les statuts et règlements de la société en ce qui concerne la reconnaissance même du statut d'actionnaire pourra donner ouverture au recours pour abus. Je suis d'avis que cela est particulièrement important pour la protection de l'actionnaire minoritaire dans une société fermée telle qu'Intramodal. Sinon, quel recours serait à la disposition de l'actionnaire qui se prétend illégalement évincé?

(2) La situation d'abus provoquée par la société intimée

[185] En l'espèce, plusieurs aspects de la conduite de la société intimée posent problème.

[186] Il y a d'abord la résolution attaquée, qui a été adoptée en 2007, avec effet rétroactif en 2005. La preuve n'est pas plus précise quant à la date de son adoption. Cette résolution, dont l'appelant n'a eu connaissance qu'une fois son recours entrepris, est libellée comme suit :

[TRADUCTION]

**IL A ÉTÉ RÉSOLU QUE :**

- . . .
5. Par la présente, la Société approuve et accepte la cession par **Johnny MENNILLO** à **Mario ROSATI** de quarante-neuf (49) actions de catégorie « A » immatriculées à son nom, tel qu'attesté par le certificat numéro 2.
  6. En raison de cession d'actions, il est confirmé par la présente, avec effet immédiatement, que **Mario ROSATI** est l'unique actionnaire de la Société, cent (100) actions de catégorie « A » étant immatriculées à son nom.

Chacune des six (6) résolutions qui précèdent est par la présente approuvée par l'unique administrateur et actionnaire de la Société ayant droit de vote à l'égard de telles résolutions suivant la Loi canadienne sur les sociétés

Act as evidenced by his signature hereto this 25<sup>th</sup> day of May, 2005 10.00 a.m. [Underlining added; bold in original.]

(A.R., vol. VIII (“Minutes Book of Intramodal”), at p. 118)

[187] Next, the evidence shows that the respondent company registered the transfer referred to in the resolution in its registers. Under the *CBCA*, the company could not register such a transfer unless the security was endorsed, which was not the case here.

[188] Section 60(1) *CBCA* provides that it is only on “delivery” of a security, that is, at the time of the voluntary transfer of possession, that the purchaser acquires the rights in the security that the transferor had or had authority to convey:

(1) On delivery of a security the purchaser acquires the rights in the security that the transferor had or had authority to convey, except that a purchaser who has been a party to any fraud or illegality affecting the security or who as a prior holder had notice of an adverse claim does not improve their position by taking from a later *bona fide* purchaser.

[189] Furthermore, the purchaser of a security may become a *bona fide* purchaser only as of the time of its endorsement: s. 64 *CBCA*. It is worth nothing that s. 65(3) *CBCA* says the following about an endorsement for the purposes of the assignment or transfer of a security:

(3) An endorsement of a security in registered form is made when an appropriate person signs, either on the security or on a separate document, an assignment or transfer of the security or a power to assign or transfer it, or when the signature of an appropriate person is written without more on the back of the security.

[190] Endorsement is a condition that must be met for a contract entered into by two shareholders with respect to the purchase of a security to have any legal effect on the corporation. Moreover, if the necessary endorsements are not on or with the security and the corporation registers the transfer of the security anyway, it is liable for any loss incurred as a result of the registration: s. 79(1)(a) *CBCA*. And as

par actions, ce qui est attesté par sa signature apposée en ce 25<sup>e</sup> jour de mai 2005, à 10 heures. [Je souligne; en caractères gras dans l’original.]

(d.a., vol. VIII (les « registres d’Intramodal »), p. 118)

[187] Ensuite, la preuve révèle que la société intimée a inscrit dans ses registres le transfert auquel la résolution réfère. Or, en vertu de la *LCSA*, la société ne pouvait procéder à l’inscription d’un tel transfert que si la valeur mobilière était endossée, ce qui n’est pas le cas en l’espèce.

[188] En effet, le par. 60(1) *LCSA* prévoit que les droits transmissibles de celui qui cède la valeur mobilière ne passent à l’acquéreur qu’à la « livraison » de la valeur mobilière, c’est-à-dire au moment du transfert volontaire de possession :

(1) Dès livraison de la valeur mobilière, les droits transmissibles du cédant passent à l’acquéreur, mais le fait de détenir une valeur d’un acheteur de bonne foi ne saurait modifier la situation du cessionnaire qui a participé à une fraude ou à un acte illégal mettant en cause la validité de cette valeur ou qui, en tant qu’ancien détenteur, connaissait l’existence d’une opposition.

[189] Qui plus est, l’acquéreur d’une valeur mobilière ne devient acquéreur de bonne foi qu’après son endossement : art. 64 *LCSA*. Il est à noter que le par. 65(3) *LCSA* précise ce qui suit au sujet de l’endossement aux fins de cession ou de transfert d’une valeur mobilière :

(3) L’endossement d’une valeur mobilière nominative aux fins de cession ou de transfert se fait par l’apposition, soit à l’endos de cette valeur sans autre formalité, soit sur un document distinct ou sur une procuration à cet effet, de la signature d’une personne compétente.

[190] L’endossement constitue une condition *sine qua non* pour qu’un contrat intervenu entre deux coactionnaires quant à l’acquisition d’une valeur mobilière puisse avoir quelque effet juridique sur la société. D’ailleurs, si la valeur mobilière n’est pas assortie des endossements requis, et que la société procède tout de même à l’inscription de son transfert, elle est responsable du préjudice causé par une

I mentioned above, s. 76 *CBCA* expressly provides that a corporation may not register a transfer in its records and registers without first making certain inquiries, one of which relates to the required endorsements.

[191] In the instant case, the company's articles expressly imposed other restrictions, including that the company *could not* register a transfer of shares in its registers unless the share certificate had been duly endorsed and all requirements with respect to transfers had been met:

### C. TRANSFER OF SECURITIES

**133. Registration of transfers.** Subject to the Act and to the provisions of paragraph 135 below, no transfer of securities or of warrants shall be registered in the securities' register of the Corporation unless:

- (a) the security certificate has been duly endorsed by the proper person;
- (b) a reasonable assurance has been given to the effect that the endorsement is genuine;
- (c) every act or statute in Canada or in a province or territory of Canada with respect to the collection of income tax, sales taxes or charges, duties or fees has been complied with;
- (d) any restriction on its issue, on its transfer or on the holding thereof as authorized by the articles has been complied with; and
- (e) any lien on the securities as provided for in paragraph 131 above has been reimbursed. [Bold in original.]

(Minutes Book of Intramodal, at pp. 94-95)

[192] Clearly, endorsement of the share certificate, as a precondition to the registration of a transfer

telle inscription : al. 79(1)a *LCSA*. De plus, tel que mentionné précédemment, l'art. 76 *LCSA* prévoit expressément qu'une société ne peut inscrire un transfert d'actions dans ses livres et registres sans d'abord procéder à certaines vérifications, y compris quant aux endossements requis.

[191] En l'espèce, d'autres restrictions s'appliquaient expressément en vertu des statuts de la société, notamment celle voulant que cette dernière *ne puisse* inscrire un transfert d'actions dans ses registres que si le certificat d'actions a été régulièrement endossé et que toutes les exigences relatives au transfert ont été respectées :

[TRADUCTION]

### C. CESSION DE VALEURS MOBILIÈRES

**133. Inscription d'une cession.** Sous réserve de la Loi et du paragraphe 135, la cession d'une valeur mobilière ou d'un bon de souscription ne peut être inscrite au registre des valeurs mobilières de la Société que si :

- (a) le certificat d'action est dûment endossé par la personne habilitée à le faire;
- (b) des assurances raisonnables sont données que la signature ainsi apposée est authentique;
- (c) les exigences de toute loi canadienne, y compris d'une province ou d'un territoire du Canada, relative à la perception de l'impôt sur le revenu, de la taxe de vente ou de frais ou de droits ont été respectées;
- (d) toute restriction applicable à son émission, à sa cession ou à sa détention autorisées par les statuts a été respectée;
- (e) toute sûreté réelle grevant la valeur mobilière comme le prévoit le paragraphe 131 a été levée. [En caractères gras dans l'original.]

(registres d'Intramodal, p. 94-95)

[192] De toute évidence, l'endossement du certificat d'actions, à titre de condition préalable à

of shares, was important enough for the respondent company's founders to consider it appropriate to include an express provision to this effect in their articles, in addition to mentioning it on the share certificates.

[193] The following note appears on the appellant's certificate: "Only the person whose name appears on the front of this certificate or his duly authorized agent or representative may validly transfer the shares represented by this certificate" (Minutes Book of Intramodal, at p. 170).

[194] The very existence of a legal duty that the respondent company make the necessary inquiries before registering a transfer of shares created a reasonable expectation for the company's shareholders. It is clear that the respondent company failed to discharge this duty and that its failure to do so was more than a mere irregularity.

[195] The appellant had a reasonable expectation that the respondent company would act in accordance with the law and with its articles and by-laws. He had a reasonable expectation that the respondent company would make the necessary inquiries before depriving him of his status as a shareholder. The failure to do so was unfairly prejudicial to the appellant insofar as it deprived him of that status.

[196] The evidence shows that the share certificate in question was not endorsed. It also shows that the respondent company made no inquiries before passing the resolution to transfer the appellant's shares, and that the resolution was passed retroactively and was signed by a single shareholder (namely Mr. Rosati). The respondent company's lawyer admitted on cross-examination that his job was to do what Intramodal's majority shareholder, Mr. Rosati, asked and nothing more:

Q. So, if you're told by a client to remove a shareholder without a signed document, will you do it?

l'inscription d'un transfert d'actions, était suffisamment important pour que les fondateurs de la société intimée jugent pertinent d'inclure une disposition expresse à cet effet dans leurs statuts, en plus d'en faire mention sur les certificats d'actions.

[193] Sur le certificat de l'appellant, on peut en effet lire la mention suivante : [TRADUCTION] « Seule la personne dont le nom figure au recto du présent certificat ou son mandataire ou son représentant dûment autorisé peut valablement céder les actions dont la détention est attestée par le présent certificat » (registres d'Intramodal, p. 170).

[194] L'obligation légale de la société intimée de procéder aux vérifications requises avant d'inscrire le transfert d'actions créait *ipso facto* une attente raisonnable chez ses actionnaires. Il est manifeste que la société intimée n'a pas respecté cette obligation et que son défaut dépasse le cadre d'une simple irrégularité.

[195] L'appellant avait l'attente raisonnable que la société intimée agisse en conformité avec la loi et ses statuts et règlements. Il avait l'attente raisonnable que la société intimée, avant de le priver de son statut d'actionnaire, procède aux vérifications requises. L'omission de ce faire constitue un acte injustement préjudiciable à l'appellant dans la mesure où elle le prive de son statut d'actionnaire.

[196] La preuve révèle que le certificat d'actions en cause n'a pas été endossé. Elle révèle également que la société intimée n'a fait aucune vérification avant d'adopter la résolution de transfert des actions de l'appellant, et que c'est rétroactivement et avec la signature d'un seul actionnaire (c'est-à-dire M. Rosati) que la résolution a été adoptée. L'avocat de la société intimée a reconnu en contre-interrogatoire que sa tâche consistait à obtempérer aux demandes de l'actionnaire majoritaire d'Intramodal, M. Rosati, sans plus :

[TRADUCTION]

Q. Donc, si un client vous dit de supprimer le nom d'un actionnaire sans vous remettre un document signé à l'appui, le faites-vous?

A. If I have instructions, I will do what the instructions are.

[197] Despite all the emphasis placed on the appellant's expressed intention to withdraw from Intramodal, the fact is that Intramodal had no way of knowing that such an intention had actually been expressed, since, by its own admission, it did not make the required inquiries in this regard, which it considered unnecessary.

[198] To conclude that there was oppression in the circumstances is not to allow Mr. Mennillo to use the oppression remedy provided for in s. 241 *CBCA* as an instrument of oppression, but simply to recognize the obvious: Mr. Rosati used his position as majority shareholder to strip Mr. Mennillo of his status as a shareholder. To paraphrase the Ontario Court of Appeal in *Budd*, it was to put a brake on this very type of conduct that Parliament thought it necessary to introduce the oppression remedy provided for in s. 241 *CBCA*.

[199] If the respondent company had made the necessary inquiries, it would not have registered the transfer of shares. Assuming that there was in fact an agreement between the appellant and Mr. Rosati in this regard, the parties to the agreement would therefore have had to meet again to take the necessary steps to record the agreement and ensure that the legislated conditions were met. If Mr. Mennillo had in fact agreed to transfer his shares, it would have been a simple matter to ask him to sign Intramodal's resolution in 2007. In the event of a disagreement, Intramodal's majority shareholder could then have taken the necessary action to require the appellant to endorse his share certificate and sign the relevant corporate documents:

The law requires that the transferor provide the purchaser with any "requisite necessary to obtain registration" of the transfer, and states that if he does not comply with the demand within a reasonable time, the purchaser may reject the transfer or consider the transfer contract to be rescinded. [Footnote omitted.]

(Martel, at p. 16-30)

R. Si on me donne des instructions, j'agis conformément à ces instructions.

[197] Malgré toute l'insistance mise sur l'intention manifestée par l'appelant de se retirer d'Intramodal, le fait est qu'Intramodal n'avait aucun moyen de savoir qu'une telle intention avait effectivement été exprimée car, de son propre aveu, elle n'a pas fait les vérifications requises à cet égard, estimant que de telles vérifications n'étaient pas nécessaires.

[198] Conclure à l'abus dans les circonstances ne revient pas à permettre à M. Mennillo d'instrumentaliser le recours pour abus prévu par l'art. 241 *LCSA*, mais tout simplement à reconnaître l'évidence : M. Rosati a utilisé sa position d'actionnaire majoritaire pour dépouiller M. Mennillo de son statut d'actionnaire. Pour paraphraser la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Budd*, c'est précisément afin de mettre un frein à ce genre de conduite que le législateur a cru nécessaire d'introduire le recours pour abus prévu à l'art. 241 *LCSA*.

[199] Si la société intimée avait fait les vérifications requises, elle n'aurait pas inscrit le transfert d'actions. À supposer qu'il y ait effectivement eu entente entre l'appelant et M. Rosati à cet égard, les parties à l'entente auraient alors dû se rencontrer à nouveau afin de prendre les moyens nécessaires pour consigner cette entente et s'assurer que les conditions établies par la loi étaient satisfaites. Si M. Mennillo avait effectivement consenti au transfert de ses actions, il aurait été très simple de lui demander de signer la résolution d'Intramodal en 2007. En cas de mésentente, l'actionnaire majoritaire d'Intramodal aurait alors pu intenter les recours nécessaires afin de forcer l'appelant à endosser son certificat d'actions et à signer les documents corporatifs pertinents :

La loi impose au cédant l'obligation de fournir à l'acquéreur les pièces nécessaires à l'inscription du transfert, et précise que s'il ne se conforme pas à toute demande à cet effet dans un délai raisonnable, l'acquéreur peut refuser le transfert ou en demander la rescision. [Note en bas de page omise.]

(Martel, par. 16-106)

[200] A conclusion that Intramodal's conduct in this regard was prejudicial to the appellant does not require a lengthy explanation: that conduct unlawfully stripped him of his status as a shareholder. It is difficult to imagine how a business corporation could act more oppressively toward a shareholder than by depriving him or her of that status.

[201] The conduct of a corporation that approves a transfer of shares without making any inquiries and that confuses its interests with those of its majority shareholder, as if it were a mere puppet, is not less oppressive simply because another shareholder at some point expressed an intention to withdraw from the corporation without there being any agreement on the terms of such a withdrawal. To suggest otherwise would amount to encouraging a corporation's shareholders to refrain from participating in any kind of discussions or negotiations about a possible transfer of shares.

[202] The instant case concerns a complainant who was originally recognized as a shareholder, who alleges that the corporation has committed clear violations of the law and of its articles and by-laws, and who has applied for an oppression remedy under s. 241 *CBCA*. The oppressive situation created by the corporation can indeed be remedied by means of a claim for oppression, or of an application to rectify registers under s. 243 *CBCA* or an application under s. 247 *CBCA* to compel the corporation to discharge its duties, provided that the conditions for the chosen remedy are met, which is the case here. It should be noted that, independently of ss. 243 and 247 *CBCA*, s. 241(3)(k) gives the courts the power to order the rectification of registers and to sanction unlawful conduct on the corporation's part.

[203] The classic example of this situation can be found in *Journet v. Superchef Food Industries Ltd.*, [1984] C.S. 916, at p. 925, in which the Superior Court found the conduct of the corporation in question to be oppressive on the basis of several unlawful and fraudulent acts it had committed. The evidence that the acts were unlawful was considered sufficient

[200] Nul besoin d'une grande démonstration pour conclure que cette conduite d'Intramodal a été préjudiciable à l'appelant : elle l'a dépouillé illégalement de son statut d'actionnaire. Et il est difficile d'imaginer conduite plus abusive d'une société par actions à l'endroit d'un actionnaire que celle de le priver de ce statut.

[201] La conduite d'une société qui avalise un transfert d'actions sans vérification aucune, et qui confond ses intérêts avec ceux de son actionnaire majoritaire comme si elle n'était qu'une simple marionnette, n'est pas moins abusive seulement parce que, à un certain moment donné, un coactionnaire a exprimé son intention de se retirer de la société, sans qu'il y ait eu entente quant aux modalités d'un tel retrait. Soutenir le contraire revient à inciter les actionnaires d'une société à s'abstenir de toute forme de discussions ou de pourparlers relativement à un possible transfert d'actions.

[202] En l'espèce, il est question d'un plaignant dont le statut d'actionnaire a été initialement reconnu, qui reproche à la société des violations claires de la loi et de ses statuts et règlements, et qui intente un recours pour abus en vertu de l'art. 241 *LSCA*. La situation abusive provoquée par la société peut effectivement être corrigée par le truchement d'un tel recours, ou d'un recours en rectification des registres fondé sur l'art. 243 *LCSA*, ou encore d'un recours fondé sur l'art. 247 *LCSA* visant à contraindre la société à se conformer à ses obligations, pour autant que les conditions du recours choisi soient satisfaites, ce qui est le cas en l'espèce. Rappelons que l'al. 241(3)(k), indépendamment des art. 243 et 247 *LCSA*, octroie au tribunal le pouvoir d'ordonner la rectification des registres et permet de sanctionner la société pour l'illégalité de sa conduite.

[203] L'exemple classique en la matière correspond à l'affaire *Journet c. Superchef Food Industries Ltd.*, [1984] C.S. 916, p. 925, où la Cour supérieure a conclu à une conduite abusive sur la base de plusieurs actes illégaux et frauduleux commis par la société en cause. La preuve de l'illégalité des actes a été jugée suffisante pour satisfaire les conditions

to meet the conditions for the oppression remedy, and no additional evidence was required.

[204] In my view, the same reasoning applies in the case at bar. With respect for those who disagree, I find that the appellant has discharged his burden of proving the validity of his claim for oppression. The evidence shows that the company's actions, namely passing the resolution to transfer the appellant's shares, registering that transfer in its registers and subsequently filing declarations to the same effect, constituted violations of express provisions of the legislation and the company's articles and by-laws. This evidence was sufficient to justify a finding that the company's conduct was oppressive and prejudicial and that it warranted revocation of the company's resolution and the rectification of its registers.

[205] The purpose of the appellant's application is to obtain a conclusion that the company failed to discharge its legal duties and an order that its registers be rectified accordingly. As I mentioned above, the appellant could very well have brought an application under s. 243 or 247 *CBCA*. Had he done so, he would have been successful. In view of the liberal interpretation that has been given to s. 241 *CBCA* and the nature of the remedy being sought, it would not be very pragmatic to dismiss his claim simply because it was made under s. 241 rather than s. 243 or 247 *CBCA*. Raymonde Crête and Stéphane Rousseau comment as follows in this regard:

[TRANSLATION] A review of the case law shows that, in some cases, claimants apply for the oppression remedy even where the alleged acts are in fact clear violations of the rules that could easily give rise to alternative recourses under the legislation. Despite those alternatives, judges take a pragmatic approach in this regard and agree to intervene on the basis of the oppression remedy even though, in this context, proof of the unlawful acts limits the usefulness of interventions based on fairness involving the oppression remedy. We note, however, that there is nothing to prevent a claimant from joining to his or her claim other recourses provided for in the legislation with respect to business corporations or flowing from general law principles, such as a derivative action or an application for an investigation, a mandatory or

d'ouverture du recours pour abus et aucune preuve additionnelle n'a été exigée.

[204] À mon avis, le même raisonnement s'applique en l'espèce. J'estime, avec égards pour l'opinion contraire, que l'appelant s'est déchargé de son fardeau de preuve quant au bien-fondé de son recours pour abus. La preuve démontre que les actes commis par la société, soit l'adoption de la résolution de transfert des actions de l'appelant, l'inscription de ce transfert dans les registres et les déclarations subséquentes au même effet, constituent des violations des dispositions expresses de la loi, de ses statuts et de ses règlements. Il s'agit d'une preuve suffisante pour conclure à une conduite abusive et préjudiciable justifiant l'annulation de la résolution adoptée par la société et la rectification de ses registres.

[205] Le redressement demandé vise à faire reconnaître l'inobservation par la société de ses obligations légales et à faire rectifier ses registres en conséquence. Tel que mentionné ci-dessus, l'appelant aurait certes pu entreprendre un recours sur le fondement des art. 243 ou 247 *LCSA*. Il aurait alors eu gain de cause. Vu l'interprétation libérale de l'art. 241 *LCSA* et la nature du redressement demandé, ce serait faire preuve de bien peu de pragmatisme que de rejeter son recours pour le seul motif qu'il a été entrepris en vertu de l'art. 241 plutôt que des art. 243 ou 247 *LCSA*. À cet égard, les auteurs Raymonde Crête et Stéphane Rousseau écrivent ce qui suit :

L'examen de la jurisprudence montre que, dans certains cas, les demandeurs font appel au recours en cas d'abus même si les actes reprochés constituent en fait des violations claires de la réglementation qui peuvent aisément donner lieu à des recours alternatifs conformément à la loi. Malgré la présence de ces mesures alternatives, les juges adoptent en cette matière une approche pragmatique et acceptent d'intervenir sur la base du recours pour abus bien que, dans ce contexte, la preuve des actes illégaux réduise l'utilité des interventions fondées sur l'équité en vertu du recours en cas d'abus. Notons, par ailleurs, que rien n'empêche un demandeur de joindre à sa demande d'autres recourses prévus dans la loi sur les sociétés par actions ou dans les principes de droit commun, notamment en y joignant un recours de nature oblique

negatory order, the rectification of registers or even liquidation of the corporation. [Emphasis added; footnote omitted; para. 1629.]

[206] Section 241 *CBCA* is extremely broad in scope and gives a court broad powers: *BCE*, at para. 58. This extremely broad scope of the oppression remedy means that it is appropriate in the instant case to consider the recourse relating to rectification of registers (s. 243 *CBCA*) or the one relating to failure by the corporation to comply with the legislation or with its articles or by-laws (s. 247 *CBCA*).

[207] In any event, the conclusion that the respondent company unlawfully deprived the appellant of his status as a shareholder leads inescapably to the conclusion that its conduct in this case was oppressive. Indeed, what could be more oppressive than being unlawfully stripped of one's status as a shareholder?

[208] In my view, this conclusion is sufficient to dispose of the merits of the case. Nonetheless, in light of the importance attached by the parties to the agreement that is alleged to have been entered into by Mr. Mennillo and Mr. Rosati on May 25, 2005, and of my colleague's remarks in this regard, which could have serious consequences going beyond the scope of this case, I think it is important to discuss that issue.

(3) Alleged Agreement Between the Appellant and Mr. Rosati

(a) *Nature of the Alleged Agreement*

[209] My reading of the trial judge's reasons differs from that of the majority. In my view, the trial judge did not find that the appellant and Mr. Rosati had agreed on a transfer of shares. That interpretation, advanced by the respondent company, denotes a fragmented reading of the trial judge's reasons and distorts his conclusions. The trial judge instead concluded that, *given that the appellant's shares had been issued on condition that he guarantee the respondent company's debts*, the intention he

ou une demande en vue d'obtenir une enquête, une ordonnance mandatoire ou négatoire, la rectification des registres ou même la liquidation de la société. [Je souligne; note en bas de page omise; par. 1629.]

[206] La portée de l'art. 241 *LCSA* est extrêmement large et confère de vastes pouvoirs au tribunal : *BCE*, par. 58. Cette portée extrêmement large du recours pour abus permet de considérer dans la présente instance le recours en rectification des registres (art. 243 *LCSA*) ou celui pour inobservation par la société de la loi ou de ses statuts ou règlements (art. 247 *LCSA*).

[207] À tout événement, la conclusion selon laquelle la société intimée a illégalement privé l'appelant de son statut d'actionnaire mène irrémédiablement à la conclusion qu'il y a eu abus en l'espèce. En effet, quelle forme plus grave d'abus y a-t-il que celle de se faire dépouiller illégalement de son statut d'actionnaire?

[208] Cette conclusion suffit à mon avis pour statuer sur le fond de l'affaire. Néanmoins, vu l'importance accordée par les parties à la question et vu les propos de mon collègue sur celle-ci, lesquels pourraient avoir de lourdes conséquences dépassant le cadre du présent litige, j'estime important d'aborder la prétendue entente qui serait intervenue entre MM. Mennillo et Rosati le 25 mai 2005.

(3) La prétendue entente entre l'appelant et M. Rosati

a) *Nature de la prétendue entente*

[209] Ma lecture du jugement de première instance diffère de celle de la majorité. Je suis d'avis que le premier juge n'a pas conclu que l'appelant et M. Rosati s'étaient entendus afin de procéder à un transfert d'actions. Cette interprétation, mise de l'avant par la société intimée, dénote une lecture parcellaire du jugement de première instance et en dénature les conclusions. Le juge de première instance a plutôt conclu que l'intention exprimée par l'appelant de se retirer de la société, *dans la mesure*

expressed of withdrawing from the company was sufficient for him to be stripped of his status as a shareholder:

[TRANSLATION] The Court concludes that Mennillo held 49 common shares issued by Intramodal on condition that he guarantee all of Intramodal's debts once it began operating. Mennillo refused to participate in this venture and asked to be removed from the company as a shareholder and a director effective May 25, 2005. As of that date, Mennillo agreed only to be a lender of \$440,000 to his friend Rosati. The failure to complete the transfer of Mennillo's shares to Rosati resulted from an error or oversight on the part of Rosati's lawyer.

Since May 25, 2005, Mennillo has no longer been a shareholder or director of Intramodal. [Emphasis added; paras. 74-75.]

[210] These remarks are not open to differing interpretations. There is no doubt that deference is owed to the trial judge's findings of fact in the absence of a palpable and overriding error, and an appellate court does not have *carte blanche* to take isolated passages from the trial judge's reasons and give them a meaning they do not have. The trial judge's findings of fact must be considered as they are, and as a whole. In short, it is, in my respectful opinion, inaccurate to say that the trial judge's finding that the shares had been transferred was independent of their having been issued conditionally.

[211] My colleague's reasoning strikes me as contradictory. He is of the view that the trial judge accepted as a finding of fact that "Mr. Mennillo agreed that he would remain a shareholder only so long as he was willing to guarantee the corporation's debts" (reasons of Cromwell J., at paras. 4 and 61 (emphasis added)) and that "Mr. Mennillo agreed that he would remain a shareholder of the corporation on the condition that he guarantee its debts" (para. 10 (emphasis added)). Yet the rest of the trial judge's statement to the effect that the occurrence of the suspensive condition *resulted in a transfer of*

*où ses actions avaient été émises conditionnellement à ce qu'il garantisse le passif de la société intimée*, était suffisante pour le dépouiller de son statut d'actionnaire :

Le Tribunal arrive à la conclusion que Mennillo a détenu 49 actions ordinaires émises par Intramodal, le tout conditionnellement à ce que ce dernier garantisse l'ensemble des créances de Intramodal dès que cette dernière débute ses activités. Mennillo a refusé cette aventure et a demandé son retrait de la compagnie à titre d'actionnaire et d'administrateur à compter du 25 mai 2005. À compter de cette date, Mennillo a accepté de n'être que le prêteur d'une somme de 440 000 \$ à son ami Rosati. Le fait que la cession des actions de Mennillo à Rosati n'ait pas été complétée résulte de l'erreur ou l'oubli de la part de l'avocat de Rosati.

Depuis le 25 mai 2005, Mennillo n'est plus détenteur d'aucune action ni administrateur de Intramodal. [Je souligne; par. 74-75.]

[210] Ces propos ne peuvent donner lieu à des interprétations divergentes. Certes, les conclusions factuelles du juge de première instance doivent être traitées avec déférence, sauf erreur manifeste et dominante, mais les tribunaux d'appel n'ont pas carte blanche pour retenir isolément certains passages du jugement de première instance et leur donner un sens qu'ils n'ont pas. Les conclusions factuelles du juge de première instance doivent être considérées telles quelles, dans leur ensemble. Bref, avec égards, je suis d'avis qu'il n'est pas exact en l'espèce d'affirmer que le juge de première instance a conclu à la cession des actions, indépendamment du caractère conditionnel de leur émission.

[211] Le raisonnement de mon collègue me paraît contradictoire. Il est d'avis que le juge de première instance a accepté comme conclusion de fait que « M. Mennillo a convenu qu'il ne demeurerait actionnaire que tant qu'il serait disposé à garantir le passif de la société » (motifs du juge Cromwell, par. 4 et 61 (je souligne)) et que « M. Mennillo [a] convenu qu'il demeurerait actionnaire de la société à condition d'en garantir le passif » (par. 10 (je souligne)). Or, le reste de l'affirmation du juge de première instance selon laquelle la réalisation de la condition suspensive *aurait donné lieu à une cession*

*shares* cannot be considered in isolation. Moreover, my colleague Cromwell J. finds that the evidence supports the trial judge's conclusion even though, in his view, that evidence is "confused and confusing" (para. 34), and "conflicting and inconsistent" (para. 68). I will return to the trial judge's assessment of the evidence below. For now, I note that my colleague acknowledges that there was no condition attached to the issuance of the shares in the case at bar and that it is wrong in law to say the opposite (para. 76), but he nevertheless finds that "the condition to which the trial judge referred was a result of an agreement between Messrs. Mennillo and Rosati that the former would be a shareholder only if he guaranteed Intramodal's debts" (para. 77). With respect, I do not see how it is possible both to accept the trial judge's conclusion that Mr. Mennillo held 49 common shares issued by Intramodal on condition that he guarantee all of its debts and to postulate that, in law, Mr. Mennillo could not be a conditional shareholder in this case.

[212] The majority of the Court of Appeal also concluded that the appellant no longer had the status of a shareholder, but for another reason, namely that the intention he had expressed of withdrawing from the respondent company had resulted in the retroactive cancellation of his shares.

[213] The parties characterized the agreement that was alleged to have been entered into by Mr. Mennillo and Mr. Rosati in several different ways, at times as a conditional issuance of shares, at times as a retroactive cancellation and at times as a contract of sale or a contract of gift. This reflects a more fundamental problem, namely that, without some speculation, no intention in this regard can be found in the evidence. Indeed, the difficulty the courts below had in characterizing the alleged agreement resulted from the fact that there was no evidence of the juridical operation contemplated by Mr. Rosati and Mr. Mennillo on May 25, 2005 that allegedly resulted in the transfer of Mr. Mennillo's shares. The same is true in this Court.

*d'actions* ne peut être considéré en vase clos. De plus, mon collègue le juge Cromwell est d'avis que la preuve appuie la conclusion du juge de première instance, malgré que cette preuve soit, selon lui, « confuse et source de confusion » (par. 34) et « contradictoire et incohérente » (par. 68). Je reviendrai plus loin sur la question de l'appréciation de la preuve par le juge de première instance. Je note pour l'instant que mon collègue reconnaît qu'aucune condition n'était rattachée à l'émission des actions en l'espèce et qu'il est erroné en droit de prétendre le contraire (par. 76), mais qu'il conclut néanmoins que « la condition dont [le juge de première instance] fait mention résulte d'un accord entre MM. Mennillo et Rosati selon lequel le premier ne serait actionnaire que s'il se portait garant du passif d'Intramodal » (par. 77). Avec égards, je vois mal comment on peut à la fois accepter la conclusion du juge de première instance voulant que M. Mennillo ait détenu 49 actions ordinaires émises par Intramodal conditionnellement à ce qu'il garantisse l'ensemble des créances de celle-ci et postuler que M. Mennillo ne pouvait pas, en droit, être actionnaire conditionnel en l'espèce.

[212] Pour leur part, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont également conclu que l'appellant n'avait plus le statut d'actionnaire, mais pour une autre raison, à savoir que l'intention manifestée de se retirer de la société intimée avait entraîné l'annulation rétroactive de ses actions.

[213] Les parties ont qualifié l'entente qui serait intervenue entre MM. Mennillo et Rosati de maintes façons, y voyant tantôt une émission conditionnelle, tantôt une annulation rétroactive, tantôt un contrat de vente ou de donation. Cela traduit un problème plus fondamental : le fait que, sauf conjecture, aucune intention à cet effet ne ressort de la preuve. En fait, la difficulté éprouvée par les juridictions inférieures à qualifier la prétendue entente résulte du fait que la preuve est muette sur l'opération juridique qui aurait été envisagée par MM. Rosati et Mennillo le 25 mai 2005 et qui aurait eu comme résultat le transfert de ses actions. Il en est de même pour notre Cour.

[214] The *CBCA* provides, as a general rule, that the cancellation of shares held by a shareholder can happen in only two ways: by an amendment to the corporation's articles or by redemption of the shares by the corporation. In the case of redemption, two types are possible: unilateral redemption by the corporation and redemption by mutual agreement.

[215] In the instant case, the respondent company did not amend its articles at any time before May 25, 2005. Regarding the possibility that it redeemed the appellant's shares unilaterally, such a redemption would have had to be provided for in the company's articles, which was not the case for the Class "A" shares held by the appellant. The company's articles did give it a right of unilateral redemption, but only for Class "G" shares.

[216] As for a redemption by mutual agreement, it is subject to a number of formalities, including the passage of a directors' resolution to that effect and, under s. 34 *CBCA*, tests of solvency and liquidity.

[217] Even more importantly, the *CBCA* provides that such a redemption, whether unilateral or by mutual agreement, results in cancellation of the acquired shares:

39 ...

(6) Shares or fractions thereof of any class or series of shares issued by a corporation and purchased, redeemed or otherwise acquired by it shall be cancelled or, if the articles limit the number of authorized shares, may be restored to the status of authorized but unissued shares of the class.

[218] In the case at bar, even assuming that the appellant did in fact consent to the redemption of his shares — which he disputes — it must be acknowledged that none of the formalities applicable to such a redemption were performed, which means that it cannot be said that the appellant's shares were cancelled by way of redemption.

[214] La *LCSA* prévoit, en règle générale, que l'annulation des actions d'un actionnaire n'est possible que selon deux modalités, soit la modification des statuts de la société, soit le rachat des actions par la société. En cas de rachat, deux formes peuvent être envisagées : le rachat unilatéral par la société ou le rachat de gré à gré.

[215] En l'espèce, à aucun moment avant le 25 mai 2005, la société intimée n'a procédé à une modification de ses statuts. Quant à la possibilité qu'elle ait procédé unilatéralement au rachat des actions de l'appelant, un tel rachat devait être prévu par les statuts de la société, ce qui n'est pas le cas des actions de catégorie « A » détenues par l'appelant. Les statuts de la société prévoient certes un droit de rachat unilatéral par la société, mais pour les actions de catégorie « G » seulement.

[216] Le rachat de gré à gré est pour sa part soumis à plusieurs formalités, y compris l'adoption d'une résolution des administrateurs à cet effet et, en vertu de l'art. 34 *LCSA*, des tests de solvabilité et de liquidité.

[217] Plus important encore, la *LCSA* prévoit qu'un tel rachat, unilatéral ou de gré à gré, entraîne l'annulation des actions acquises :

39 ...

(6) Les actions ou fractions d'actions de toute catégorie ou série de la société émettrice acquises par elle, notamment par achat ou rachat, sont annulées; elles peuvent reprendre le statut d'actions autorisées non émises de la catégorie dont elles relèvent, au cas où les statuts limitent le nombre d'actions autorisées.

[218] Or, en l'espèce, même en tenant pour acquis qu'il y a effectivement eu consentement du principal intéressé du rachat de ses actions — ce que ce dernier conteste —, force est d'admettre qu'aucune des formalités applicables à un tel rachat n'a été accomplie, si bien que l'on ne peut prétendre que les actions de l'appelant ont été annulées par rachat.

[219] Indeed, the respondent company indicates in its factum that the stated capital was never reduced. Nor was any resolution passed to approve the company's redemption of the shares. As I will explain below, the only resolution at issue apparently concerned a transfer of shares between the appellant and Intramodal's majority shareholder, Mr. Rosati.

[220] What is more, it is difficult to see how the tests of liquidity and solvency could have been met given that, by the respondent company's own admission, it had no assets at the time.

[221] In short, the argument that the appellant's shares were cancelled retroactively by way of redemption fails not because of mere technical irregularities in the corporate documents, but on the basis of the legal requirements applicable to the redemption of shares and, hence, to their cancellation.

[222] The trial judge's conclusion — which the majority of the Court of Appeal rejected — that the appellant's shares were issued on condition that he would guarantee the respondent company's debts, and that the desire he expressed to cease guaranteeing those debts had the effect of depriving him of his status as a shareholder, is also contrary to the provisions of the *CBCA*.

[223] As I mentioned above, the trial judge referred to this possibility at para. 74 in writing that [TRANSLATION] “Mennillo held 49 common shares issued by Intramodal on condition that he guarantee all of Intramodal's debts once it began operating” (emphasis added).

[224] Finally, it can be seen from the respondent company's registers that no suspensive condition related to the issuance of the appellant's shares was set out in the resolution of the board of directors that authorized their issuance. For such a suspensive condition to have any effect, it would also have had to appear in the respondent company's registers. Otherwise, there would be no way for creditors to

[219] La société intimée, dans son mémoire, affirme d'ailleurs que le capital déclaré n'a en aucun temps été réduit. De plus, aucune résolution n'a été adoptée pour approuver le rachat de ses actions par la société. En fait, la seule résolution en cause vise, comme nous le verrons plus loin, un transfert d'actions qui serait intervenu entre l'appellant et l'actionnaire majoritaire d'Intramodal, M. Rosati.

[220] Qui plus est, on voit mal comment les critères de liquidité et de solvabilité auraient pu être satisfaits étant donné que la société intimée ne comptait alors, de son propre aveu, aucun actif.

[221] Bref, la thèse selon laquelle les actions de l'appellant auraient été annulées rétroactivement par voie de rachat se bute non pas à de simples irrégularités techniques dans la documentation corporative, mais bien aux exigences légales applicables à un rachat d'actions et, partant, à leur annulation.

[222] La conclusion du juge de première instance — écartée par les juges majoritaires de la Cour d'appel — selon laquelle les actions de l'appellant auraient été émises conditionnellement à ce qu'il garantisse le passif de la société intimée, le souhait exprimé par l'appellant de ne plus garantir celui-ci ayant eu pour effet de le priver du statut d'actionnaire, va également à l'encontre des dispositions de la *LCSA*.

[223] Comme mentionné précédemment, le juge de première instance réfère à cette possibilité au par. 74 lorsqu'il écrit que « Mennillo a détenu 49 actions ordinaires émises par Intramodal, le tout conditionnellement à ce que ce dernier garantisse l'ensemble des créances de Intramodal dès que cette dernière débute ses activités » (je souligne).

[224] Enfin, à la lecture des registres de la société intimée, on constate qu'aucune condition suspensive liée à l'émission des actions de l'appellant n'est prévue dans la résolution du conseil d'administration autorisant l'émission de celles-ci. Pour qu'une telle condition suspensive puisse produire quelque effet, encore aurait-il fallu qu'elle apparaisse dans les registres de la société intimée, sans quoi il n'y

know that the company's share capital could be affected at any time.

(b) *Effect of the Alleged Agreement*

[225] I also agree with the appellant and the dissenting judge of the Court of Appeal that it is impossible to find, as a matter of law, that the appellant transferred his shares to Mr. Rosati on May 25, 2005. Whatever conclusion might be reached about the credibility of the witnesses in this regard, the intention expressed by the appellant of withdrawing from the respondent company had no effect on his rights as a shareholder.

[226] Though governed by the *CBCA*, a transfer of shares remains subject to the conditions of formation of a contract.

[227] My colleague Cromwell J. states that the appellant transferred his shares to Mr. Rosati by means of an onerous contract, but he does not specify the nature of that contract, its essential elements and what prestation Mr. Mennillo received in return from Mr. Rosati. However, [TRANSLATION] “[t]he fact that a contract is innominate does not mean that it is subject to no legislative scheme”: D. Lluellas and B. Moore, *Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at para. 136.

[228] The *Civil Code of Québec* defines a contract as “an agreement of wills by which one or several persons obligate themselves to one or several other persons to perform a prestation” (art. 1378). Where there is no meeting of the minds between the parties — unlike where the conditions of formation of a contract are not met, which results in the nullity of the contract — it cannot be found that a contract even exists: V. Karim, *Les obligations* (4th ed. 2015), at para. 507; see also para. 642. The proposal must be firmly directed toward the completion of a specific juridical operation: Lluellas and Moore, at para. 275.

[229] The respondent company submits that the appellant transferred his shares to Mr. Rosati and that, in return, he was relieved of his obligation to

avait aucun moyen pour les créanciers de savoir que son capital-actions pouvait à tout moment être affecté.

b) *Effet de la prétendue entente*

[225] Je partage par ailleurs l'avis de l'appellant et du juge dissident en Cour d'appel qu'il est impossible de conclure en droit que l'appellant a transféré ses actions à M. Rosati le 25 mai 2005. En effet, peu importe la conclusion à laquelle nous pouvons arriver sur la crédibilité des témoins à cet égard, l'intention manifestée par l'appellant de se retirer de la société intimée était sans effet sur ses droits en tant qu'actionnaire.

[226] Bien qu'il soit régi par la *LCSA*, le transfert d'actions demeure assujéti aux conditions de formation d'un contrat.

[227] Mon collègue le juge Cromwell dit que l'appellant a transféré ses actions à M. Rosati par le biais d'un contrat à titre onéreux, mais il omet de préciser quelle serait la nature du contrat, quels sont ses éléments essentiels et quelle prestation M. Mennillo aurait reçue en retour de la part de M. Rosati. Or, « [l]e caractère innommé d'un contrat ne signifie pas pour autant qu'il échappe à tout régime législatif » : D. Lluellas et B. Moore, *Droit des obligations* (2<sup>e</sup> éd. 2012), par. 136.

[228] Le *Code civil du Québec* définit le contrat comme « un accord de volonté, par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation » (art. 1378). L'absence de rencontre des volontés des parties, contrairement au non-respect des conditions de formation du contrat qui, lui, entraîne la nullité, empêche de conclure à l'existence même du contrat : V. Karim, *Les obligations* (4<sup>e</sup> éd. 2015), par. 507; voir aussi par. 642. La proposition doit tendre de manière ferme à la conclusion d'une opération juridique précise : Lluellas et Moore, par. 275.

[229] La société intimée soutient que l'appellant a transféré ses actions à M. Rosati et qu'il était libéré, en contrepartie, de son obligation de financer

finance Intramodal's operations and guarantee its debts. In my view, this is not a valid prestation. This submission by the respondent company, once again, confuses the company's distinct legal personality with that of its shareholder or shareholders.

[230] The intention expressed by the appellant in this case was at most an invitation to contract. The fact that a transfer of shares was registered by the respondent company where Mr. Rosati had spent no money to acquire the appellant's shares certainly does not prove that the appellant transferred his shares. To conclude from the respondent company's registration of a transfer of shares that a contract was formed is to engage in circular reasoning: because a transfer was registered, a contract was formed, and because the contract was formed, the transfer is necessarily valid.

[231] The parties also referred to the possibility that the alleged agreement of May 2005 was a contract of gift, but it is clear that there was no gift in the case at bar. There is a presumption in the civil law that acts are normally by onerous title. Two things must thus be proved before a gift can be found to exist: an absence of consideration and [TRANSLATION] "a deliberate intent to impoverish oneself" (*Martin v. Dupont*, 2016 QCCA 475, at paras. 26-31 (CanLII)). In its factum, the respondent company states that [TRANSLATION] "[the appellant] wants just one thing: to receive ' . . . money for the rest of [his] life, till [he dies]'" (para. 30). On the face of it, this seems to me to be the exact opposite of an intent to impoverish oneself. Moreover, and this is not insignificant, neither the respondent company nor the appellant is arguing that the shares were given to Mr. Rosati on May 25, 2005. The former states in its factum that the alleged contract between the parties was [TRANSLATION] "anything but a gratuitous contract" (para. 77), while the latter denies the very existence of an exchange of wills but, in an alternative argument, responds to the fact that no valid consideration was received by reiterating the requirements for a gift under the *Civil Code of Québec* and the legal consequences of a failure to satisfy those requirements.

les opérations d'Intramodal et de garantir le passif de la société. À mon avis, cela ne constitue pas une prestation valide. Cette prétention de la société intimée confond, encore une fois, la personnalité juridique distincte de la société avec celle de son ou ses actionnaires.

[230] Tout au plus, l'intention exprimée par l'appelant en l'espèce constituait une invitation à contracter. Le fait qu'un transfert d'actions a été inscrit par la société intimée alors que M. Rosati n'a déboursé aucune somme pour acquérir les actions de l'appelant ne prouve certainement pas que l'appelant a cédé ses actions. Conclure de l'inscription d'un transfert d'actions par la société intimée qu'un contrat a été formé relève du raisonnement circulaire : parce qu'un transfert a été inscrit, un contrat a été formé et parce que le contrat a été formé, le transfert est nécessairement valide.

[231] Les parties ont également évoqué la possibilité que la prétendue entente du mois de mai 2005 constitue un contrat de donation. Or, il est clair qu'il n'y a pas eu de donation en l'espèce. En effet, il existe en droit civil une présomption selon laquelle un acte est normalement à titre onéreux. Deux éléments doivent alors être établis pour conclure à la donation : l'absence de contrepartie et « la volonté réfléchie de s'appauvrir » (*Martin c. Dupont*, 2016 QCCA 475, par. 26-31 (CanLII)). Dans son mémoire, la société intimée écrit qu'« [u]ne seule volonté [. . .] anime [l'appelant] : de recevoir [TRANSLATION] "(...) de l'argent [s]a vie durant, jusqu'à [s]on décès" » (par. 30). Cela me semble, a priori, l'antithèse d'une volonté de s'appauvrir. Par ailleurs, et ce n'est pas anodin, ni la société intimée ni l'appelant ne prétendent que les actions ont été données à M. Rosati le 25 mai 2005. La première indique dans son mémoire que le prétendu contrat intervenu entre les parties est « tout sauf un contrat à titre gratuit » (par. 77). Le second nie l'existence même d'un échange de volontés, mais répond subsidiairement à l'absence de contrepartie valide en rappelant les exigences du *Code civil du Québec* en matière de donation et les conséquences du non-respect de telles exigences en droit.

[232] Article 1824 *C.C.Q.* reads as follows:

**1824.** The gift of movable or immovable property is made, on pain of absolute nullity, by notarial act *en minute*, and shall be published.

These rules do not apply where, in the case of the gift of movable property, the consent of the parties is accompanied by delivery and immediate possession of the property.

[233] In the absence of a published notarial act *en minute*, a gratuitous contract must be consistent with the definition of a manual gift, according to which either the donee must be put in immediate possession of the property or all hindrances must be removed so that the donee can take possession of the property (art. 1825 *C.C.Q.*). If the contract does not meet the conditions for a manual gift, it is absolutely null: *Paré v. Paré (Succession de)*, 2014 QCCA 1138.

[234] Furthermore, s. 65(3) of the *CBCA* imposes a second requirement for possession in the case of a manual gift: the share certificate for the transferred shares must, at a minimum, be endorsed by the transferor (*Grusk v. Sparling* (1992), 44 C.A.Q. 219).

[235] In the instant case, not only did the appellant never express an intention to make a gift of his shares, but it is clear that these conditions were not met.

[236] In short, I cannot accept the proposition that the onus was on the appellant to seek a conclusion that the alleged agreement of May 25, 2005 was null after inferring that a contract existed from the fact that a transfer had been registered even though there had been no exchange of wills on that date concerning a specific juridical operation and even though the appellant did not know that the transfer had been registered in the respondent company's registers until he had instituted this proceeding.

(4) Trial Judge's Assessment of the Evidence

[237] In his claim, the appellant alleges wrongful conduct on the respondent company's part, that is,

[232] L'article 1824 *C.c.Q.* se lit ainsi :

**1824.** La donation d'un bien meuble ou immeuble s'effectue, à peine de nullité absolue, par acte notarié en minute; elle doit être publiée.

Il est fait exception à ces règles lorsque, s'agissant de la donation d'un bien meuble, le consentement des parties s'accompagne de la délivrance et de la possession immédiate du bien.

[233] En l'absence d'un acte notarié en minute et publié, le contrat à titre gratuit doit correspondre à la définition d'un don manuel, ce qui implique que le donataire soit mis en possession immédiate du bien ou, sinon, que tous les obstacles soient écartés afin qu'il puisse en prendre possession (art. 1825 *C.c.Q.*). S'il ne respecte pas les conditions du don manuel, le contrat est nul de nullité absolue : *Paré c. Paré (Succession de)*, 2014 QCCA 1138.

[234] Dans la même veine, pour qu'il y ait possession aux fins d'un don manuel, la *LCSA*, à son par. 65(3), prévoit une seconde exigence : le certificat d'actions constatant les actions cédées doit au minimum être endossé par le cédant (*Grusk c. Sparling* (1992), 44 C.A.Q. 219).

[235] En l'espèce, non seulement l'appellant n'a jamais exprimé l'intention de donner ses actions, mais il est évident que ces conditions n'ont pas été satisfaites.

[236] En somme, je ne puis souscrire à la thèse qu'il appartenait à l'appellant de soulever la nullité de la prétendue entente du 25 mai 2005, après avoir inféré qu'il y avait eu contrat parce qu'un transfert avait été inscrit, alors qu'il n'y avait pas eu, à ce jour-là, d'échange de volontés sur une opération juridique précise et que l'appellant n'a eu connaissance de l'inscription du transfert dans les registres de la société intimée qu'à une fois le présent recours intenté.

(4) Appréciation de la preuve par le juge de première instance

[237] Dans le cadre de son recours, l'appellant reproche à la société intimée sa conduite fautive, à

that it failed to discharge its legal duties and that it registered a transfer of shares without having observed the necessary formalities.

[238] However, insofar as my colleague Cromwell J. accepts the trial judge's finding of fact that the appellant had expressed his intention of withdrawing from Intramodal as a shareholder and had transferred his shares to Mr. Rosati in May 2005, and given that my colleague bases his analysis on that finding, I believe it is important to point out the errors the trial judge made in assessing the evidence. In addition to having no basis in law, that finding by the trial judge is not supported by the evidence and is thus based on palpable and overriding errors. I therefore agree with the dissenting judge of the Court of Appeal that the trial judge's analysis on this point contained errors warranting appellate intervention: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

[239] The finding that the appellant told Mr. Rosati he wanted to withdraw from Intramodal as a shareholder on May 25, 2005 is based solely on Mr. Rosati's testimony. The trial judge erred in rejecting the appellant's testimony, since, as the dissenting judge of the Court of Appeal rightly noted, he did so on the basis of an unreasonable interpretation of several pieces of evidence in the record.

[240] First, there is the letter of resignation signed by the appellant on May 25, 2005, which speaks for itself. The appellant withdrew from the company as a director and officer at that time. That letter prepared by the respondent company's lawyer — who, according to the evidence, was following the majority shareholder's instructions — could easily have provided for more if that had been the parties' intention. But it did not.

[241] Next, there are various documents relating to life insurance taken out on the appellant and Mr. Rosati, of which the respondent was the beneficiary. One of those documents stated that

savoir l'omission de se conformer à ses obligations légales et l'inscription d'un transfert d'actions sans le respect des formalités requises.

[238] Toutefois, dans la mesure où mon collègue le juge Cromwell accepte la conclusion de fait du juge de première instance selon laquelle l'appellant aurait exprimé son intention de se retirer d'Intramodal en tant qu'actionnaire et aurait transféré ses actions à M. Rosati en mai 2005, et puisqu'il en fait le fondement de son analyse, j'estime qu'il est important de souligner les erreurs commises par le juge de première instance dans son appréciation de la preuve. En effet, en plus de n'avoir aucun fondement en droit, cette conclusion du juge de première instance ne trouve aucune assise dans la preuve et repose donc sur des erreurs manifestes et dominantes. Je partage ainsi l'avis du juge dissident de la Cour d'appel selon lequel l'analyse du juge de première instance sur ce point comporte des erreurs justifiant l'intervention en appel : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

[239] La conclusion selon laquelle l'appellant aurait indiqué à M. Rosati qu'il voulait se retirer en tant qu'actionnaire d'Intramodal le 25 mai 2005 s'appuie exclusivement sur le témoignage de ce dernier. Lorsque le juge de première instance rejette le témoignage de l'appellant, il commet une erreur puisque, comme le souligne à juste titre le juge dissident de la Cour d'appel, il le fait en s'appuyant sur une interprétation déraisonnable de plusieurs pièces versées au dossier.

[240] Il y a d'abord la lettre de démission signée par l'appellant le 25 mai 2005, laquelle lettre parle d'elle-même. L'appellant se retirait alors de la société comme administrateur et dirigeant. Cette lettre, préparée par l'avocat de la société intimée, lequel suivait, selon la preuve, les instructions de l'actionnaire majoritaire, aurait facilement pu prévoir davantage si telle avait été l'intention des parties. Or, ce n'est pas le cas.

[241] Il y a aussi les divers documents relatifs à la souscription d'une assurance-vie sur les personnes de l'appellant et de M. Rosati et dont l'intimée était la bénéficiaire. L'un de ces documents indique que

Mr. Rosati was the respondent company's sole shareholder. Yet the policy in question was on the lives of both the appellant and Mr. Rosati. What insurable interest did Intramodal have in the appellant's life if he was no longer a shareholder? To ask the question is to answer it.

[242] As for the letter written by Mr. Kaufman on October 31, 2007 that was sent to the appellant, I also agree with the dissenting judge of the Court of Appeal that it could not reasonably lead to an inference that the appellant was, by insisting on being repaid his investment, relinquishing his shares.

[243] Nor could the formal notice of February 25, 2010 prepared by Mr. Kaufman lead to any negative inference. In it, the appellant claimed to be entitled to receive 50 percent of the respondent company's profits and to continue his partnership with Rosati. But by February 25, 2010, it had become clear that the appellant was no longer a shareholder *in the respondent company's registers*. According to his testimony and that of his professional advisers, the purpose of the letter was to have the situation remedied, failing which \$1,000,000 would be claimed from Mr. Rosati.

[244] Finally, another ground advanced by the trial judge for rejecting the appellant's version was that, in his opinion, the reason the appellant gave for his withdrawal as a director and officer, namely the visit to Intramodal's premises and the examination of the company's books by representatives of Labatt, was false. Yet the dissenting judge of the Court of Appeal noted that, even though the company had not been active at the time, the appellant's assertion that meetings had taken place with representatives of Labatt had not been contradicted. Moreover, amounts were advanced before December 2005 and continued to be advanced until October 2006.

[245] In short, in my view, the evidence does not support the conclusion that the two shareholders entered into an agreement under which the appellant withdrew from the company as a shareholder. In arriving at that conclusion, the trial judge made

M. Rosati est le seul actionnaire de la société intimée. Pourtant, ladite police couvre tant la vie de l'appellant que celle de M. Rosati. Quel intérêt assurable Intramodal détenait-elle sur la vie de l'appellant si celui-ci n'était plus un actionnaire? Poser la question, c'est y répondre.

[242] Quant à la lettre rédigée par M<sup>e</sup> Kaufman le 31 octobre 2007 et transmise à l'appellant, je suis également d'accord avec le juge dissident en Cour d'appel pour dire qu'on ne pouvait raisonnablement en inférer que l'appellant, en insistant pour se faire rembourser son investissement, renonçait par le fait même à ses actions.

[243] La mise en demeure du 25 février 2010 rédigée par M<sup>e</sup> Kaufman ne permettait pas non plus de tirer d'inférence négative. L'appellant y revendique son droit à 50 p. 100 des profits de la société intimée et son partenariat avec M. Rosati. Or, en date du 25 février 2010, il était devenu clair que l'appellant n'était plus actionnaire *dans les registres de la société intimée*. Selon son témoignage et celui de ses représentants professionnels, la lettre visait à faire corriger la situation à défaut de quoi une somme de 1 000 000 \$ serait réclamée à M. Rosati.

[244] Enfin, le juge de première instance a également rejeté la version de l'appellant parce que, selon lui, le motif avancé du retrait à titre d'administrateur et de dirigeant, soit la visite du local d'Intramodal et l'examen des livres de la société par les représentants de Labatt, était faux. Le juge dissident en Cour d'appel souligne que même si la société intimée n'était pas alors active, l'affirmation de l'appellant selon laquelle des rencontres avaient eu lieu avec des représentants de Labatt n'a pas été contredite. Des sommes ont d'ailleurs été avancées avant décembre 2005 et ont continué de l'être jusqu'en octobre 2006.

[245] Bref, à mon avis, la conclusion selon laquelle une entente est intervenue entre les deux actionnaires en vertu de laquelle l'appellant s'est retiré de la société intimée en tant qu'actionnaire n'est pas étayée par la preuve. Pour arriver à cette

palpable and overriding errors and disregarded key aspects of the evidence. At most, the evidence shows that the appellant expressed an intention to divest himself of his shares, but no agreement was reached on how he would dispose of them.

#### (5) Prescription of the Claim

[246] In the alternative, the respondent company argues that the appellant's claim must be dismissed on the ground that it is prescribed. The trial judge and the majority of the Court of Appeal agreed with that argument.

[247] The *CBCA* does not specify the prescription period that applies to the oppression remedy, although it does provide for a two-year prescription period for other remedies, two examples of which can be found in ss. 118(7) and 119(3) *CBCA*. It can therefore be assumed, at least where this remedy is concerned, that Parliament intended to defer to general civil law principles where a claim for oppression is made in Quebec: Martel, at pp. 31-191 to 31-192.

[248] In this regard, art. 2925 *C.C.Q.* provides as follows:

**2925.** An action to enforce a personal right or movable real right is prescribed by three years, if the prescriptive period is not otherwise determined.

[249] A claim under s. 241 *CBCA* is normally brought to enforce a personal right. This is the case, for example, where the complainant alleges that a corporation's majority shareholder has acted in disregard of minority shareholders' interests (*Bénard v. Gagnon*, 2002 CanLII 23768 (Que. Sup. Ct.), aff'd by 2004 CanLII 73057 (Que. C.A.)) or where what is described as oppression consists of acts committed by the directors, who are alleged to have misled and unfairly treated certain shareholders in the same class (*Regroupement des marchands actionnaires inc. v. Métro Inc.*, 2011 QCCS 2389). An oppression claim can also be made to enforce a real right where, for example, the corporation in question refuses to pay

conclusion, le juge a commis des erreurs manifestes et dominantes et a fait abstraction d'éléments clés de la preuve. Tout au plus, la preuve démontre qu'une intention de se départir de ses actions a été exprimée par l'appelant, sans toutefois qu'il n'y ait eu d'entente quant à la façon dont il disposerait de ses actions.

#### (5) Prescription du recours

[246] Subsidièrement, la société intimée fait valoir que le recours de l'appelant doit être rejeté au motif qu'il est prescrit. Le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont également conclu en ce sens.

[247] Le délai de prescription applicable au recours pour abus n'est prévu nulle part dans la *LCSA*. Celle-ci prévoit pourtant, pour d'autres recours, un délai de prescription de deux ans. C'est le cas des par. 118(7) et 119(3) *LCSA*. On peut donc supposer, dans le cas de ce recours du moins, que le législateur fédéral entendait s'en remettre aux principes généraux du droit civil lorsqu'un tel recours est intenté au Québec : Martel, par. 31-482.

[248] À cet égard, l'art. 2925 *C.c.Q.* prévoit ce qui suit :

**2925.** L'action qui tend à faire valoir un droit personnel ou un droit réel mobilier et dont le délai de prescription n'est pas autrement fixé se prescrit par trois ans.

[249] Le recours fondé sur l'art. 241 *LCSA* tend normalement à faire valoir un droit personnel. C'est le cas notamment lorsque le plaignant allègue que l'actionnaire majoritaire d'une société agit sans tenir compte des intérêts des actionnaires minoritaires (*Bénard c. Gagnon*, 2002 CanLII 23768 (C.S. Qc), conf. par 2004 CanLII 73057 (C.A. Qc)), ou lorsque l'abus s'entend d'actes des administrateurs qui auraient induit en erreur et traité inéquitablement certains actionnaires d'une même catégorie (*Regroupement des marchands actionnaires inc. c. Métro Inc.*, 2011 QCCS 2389). Le recours pour abus peut également tendre à faire valoir un droit réel lorsque, par exemple, la société en cause refuse

dividends owed to the complainant despite acknowledging the complainant's status as a shareholder.

[250] Sometimes, as in the case at bar, the claim is instead premised on the complainant's ownership of shares and on the corporation's refusal to acknowledge the complainant's status as a shareholder. In such cases, a claim under s. 241 *CBCA* is brought not to *enforce* a real right but to have it *acknowledged*.

[251] In the civil law, the right of ownership (in this case the right of ownership of a security) is perpetual, which means that it is not lost either by non-use or by the mere passage of time:

[TRANSLATION] The right of ownership is *perpetual*. This does not mean that the right remains forever attached to the same patrimony or that it can be transmitted perpetually; it means that it is not lost through non-use (*supra*, at No. 18). However, an owner can destroy (corporeal) property, in which case the right will disappear with the property, which explains why the right is identified with the property. The owner can also renounce the right (the abandoned property then becomes a thing without an owner — arts. 934 et seq. C.C.Q.) or transfer the property to a trust patrimony without an owner (art. 1261 C.C.Q.), or the right may be acquired by a third party possessor through acquisitive prescription . . . . [Emphasis in original; footnote omitted.]

(D.-C. Lamontagne, *Biens et propriété* (7th ed. 2013), at para. 207)

[252] Professor Pierre-Claude Lafond states the following on this same subject:

[TRANSLATION] One characteristic of the right of ownership is that it is not lost by way of extinctive prescription (see *supra*, at 3.1.2.4). Since an action in revendication sanctions the right of ownership, it too is therefore *imprescriptible*, unlike other types of actions to enforce a real right, which are prescribed by ten years (art. 2923 C.C.Q.) or by three years (art. 2925 C.C.Q.), depending on whether the right is immovable or movable. In our view, those two provisions cannot apply, given that the purpose of a petitory action is not to *enforce* a right but to *have it acknowledged* (art. 912 C.C.Q.).

de verser au plaignant, à qui elle reconnaît pourtant le statut d'actionnaire, les dividendes qui lui sont dus.

[250] Il arrive, comme c'est le cas en l'espèce, que le recours se fonde plutôt sur la prémisse que le plaignant est propriétaire d'actions et qu'on reproche à la société de refuser de lui reconnaître le statut d'actionnaire. Le recours fondé sur l'art. 241 *LCSA* vise alors non pas à *faire valoir* un droit réel, mais à le faire *reconnaître*.

[251] Or, le droit civil reconnaît le caractère perpétuel du droit de propriété (en l'occurrence un droit de propriété portant sur une valeur mobilière), ce qui signifie que celui-ci ne se perd ni par le non-usage ni par le simple écoulement du temps :

Le droit de propriété est *perpétuel*. Cela signifie non pas que le droit demeure attaché à perpétue au même patrimoine ou qu'il est transmissible perpétuellement, mais qu'il ne se perd pas par le non-usage (*supra*, n° 18). Cependant, le propriétaire peut détruire son bien (corporel), le droit disparaissant avec celui-ci, ce qui permet de comprendre l'identification du droit au bien. Il peut encore renoncer à son droit (le bien abandonné devenant un bien sans maître — 934 et s. C.c.Q.), transférer son bien à un patrimoine fiduciaire dépourvu de propriétaire (1261 C.c.Q.), ou le droit peut se prescrire acquisitivement au bénéfice d'un tiers possesseur . . . . [En italique dans l'original; note en bas de page omise.]

(D.-C. Lamontagne, *Biens et propriété* (7<sup>e</sup> éd. 2013), par. 207)

[252] Sur ce même point, le Professeur Pierre-Claude Lafond s'exprime ainsi :

Une des caractéristiques du droit de propriété est qu'il ne se perd pas par l'effet de la prescription extinctive (voir *supra*, 3.1.2.4). Puisque l'action en revendication sanctionne le droit de propriété, elle est donc aussi *imprescriptible*, et ce contrairement aux autres espèces d'actions qui visent à faire valoir un droit réel, lesquelles se prescrivent par dix ans (art. 2923 C.c.Q.) ou trois ans (art. 2925 C.c.Q.), selon qu'il s'agit d'un droit immobilier ou mobilier. À notre avis, ces deux dispositions ne peuvent s'appliquer, car l'action pétitoire ne vise nullement à *faire valoir* un droit, mais plutôt à le *faire reconnaître* (art. 912 C.c.Q.).

In practice, this imprescriptibility may be defeated where acquisitive prescription is claimed by a possessor (arts. 2917 to 2919 C.C.Q.) (see *infra*, at 6.3.3.3.2), although this does not change the principle that the right of ownership cannot be lost by reason of the passage of time. [Emphasis added; citations omitted.]

(*Précis de droit des biens* (2nd ed. 2007), at para. 1205)

[253] Thus, extinctive prescription cannot be set up against a person seeking to have his or her ownership of property *acknowledged*.

[254] A share of a company is a real right in respect of which a shareholder can seek recognition of a right of ownership: “For a shareholder, ownership of shares is a real right, not a personal right, which can render inadmissible in Quebec an action taken to be declared owner of shares of which the *situs* is outside Quebec” (Martel, at p. 12-11 (emphasis added; footnotes omitted)).

[255] As a result, the prescription period applicable to a claim under s. 241 *CBCA* will depend on the basis for the claim. Where — as in this case — the complainant has been acknowledged to be a shareholder at some point and is claiming to have been unlawfully stripped of shareholder status by the corporation, the claim is therefore imprescriptible.

[256] This was the conclusion reached by the Quebec Court of Appeal in *Greenberg v. Gruber*, 2004 CanLII 14882 (Que. C.A.).

[257] In that case, the complainant submitted that shares in several corporations were being held for him by the respondents as *prête-noms* (nominees). He argued that he actually owned a third of the shares of those corporations, and he requested, *inter alia*, that the registers be rectified and that a share certificate be delivered to him.

[258] The respondents sought to set up extinctive prescription against the claim. The trial judge held that prescription was applicable but that the claim

En pratique, cette imprescriptibilité peut cependant être mise en échec par l’effet d’une prescription acquisitive réclamée d’un possesseur (art. 2917 à 2919 C.c.Q.) (voir *infra*, 6.3.3.3.2), ce qui ne change rien au principe que le droit de propriété ne saurait se perdre par l’écoulement du temps. [Je souligne; références omises.]

(*Précis de droit des biens* (2<sup>e</sup> éd. 2007), par. 1205)

[253] Ainsi, la personne qui cherche à se voir *reconnaître* la propriété d’un bien ne peut se faire opposer la prescription extinctive.

[254] L’action d’une société constitue un droit réel sur lequel l’actionnaire peut demander que son droit de propriété soit reconnu : « Pour l’actionnaire, la propriété des actions est un droit réel, et non un droit personnel, ce qui peut rendre irrecevable au Québec un recours intenté pour se faire déclarer propriétaire d’actions dont le *situs* est hors du Québec » (Martel, par. 12-42 (je souligne; notes en bas de page omises)).

[255] Suivant ce raisonnement, le délai de prescription applicable au recours exercé en application de l’art. 241 *LCSA* dépendra du fondement du recours. Lorsque le statut d’actionnaire a été à un moment reconnu au plaignant — comme c’est le cas en l’espèce — et que celui-ci prétend que la société l’en a illégalement dépouillé, le recours est alors imprescriptible.

[256] C’est la conclusion à laquelle est arrivée la Cour d’appel du Québec dans *Greenberg c. Gruber*, 2004 CanLII 14882 (C.A. Qc).

[257] Dans cette affaire, le plaignant soutenait que les intimés détenaient pour lui, à titre de prête-noms, des actions dans plusieurs sociétés. Il faisait valoir qu’il était dans les faits propriétaire du tiers des actions de ces sociétés et demandait notamment que les registres soient rectifiés et qu’un certificat d’actions lui soit remis.

[258] En réponse à ce recours, les intimés ont tenté d’opposer la prescription extinctive. Le juge de première instance ayant conclu que la prescription

was not prescribed, and the respondents appealed that decision. The issue before the Quebec Court of Appeal was whether, in such a case, extinctive prescription can be relied on [TRANSLATION] “in order to argue that a shareholder has lost the right of ownership in his shares because of his failure to act in a timely manner” (*Greenberg*, at para. 6). If the answer was yes, the Court of Appeal also had to determine which prescription period was applicable, that of 10 years under art. 2922 *C.C.Q.* or that of three years under art. 2925 *C.C.Q.*

[259] The Court of Appeal accepted the complainant’s argument that extinctive prescription cannot be raised where, in the case of a claim under s. 241 *CBCA*, the complainant seeks to assert a right of ownership or seeks acknowledgment of his or her status as a shareholder in connection with that right.

[260] More specifically, the Court of Appeal reached the conclusion that [TRANSLATION] “the fact that [the complainant] failed to contest the ‘denial’ of his status as a shareholder within three years (or any other period) does not mean that he can no longer assert his right of ownership in the shares” (*Greenberg*, at para. 43). To terminate the complainant’s right of ownership, the respondents would have had to show that they had acquired the shares by way of acquisitive prescription, but they were not making that argument. The Court of Appeal added that, “[a]s an owner, the [complainant] certainly cannot be prevented from asserting his right of ownership by someone who simply refuses to acknowledge that right” (*Greenberg*, at para. 44).

[261] I am in complete agreement with that reasoning.

[262] Like the respondents in *Greenberg*, the respondent company in the case at bar is not arguing that it became the owner of the appellant’s shares by way of acquisitive prescription. It is simply refusing to acknowledge the appellant’s status as a shareholder, and its argument is that its majority shareholder, Mr. Rosati, now owns his shares as a result of an alleged informal verbal agreement between the appellant and Mr. Rosati. However, I

était applicable mais que le recours n’était pas prescrit, les intimés ont fait appel de la décision. La question dont la Cour d’appel du Québec était saisie était de savoir si, dans un tel cas, la prescription extinctive pouvait être invoquée « pour prétendre qu’un actionnaire a perdu le droit de propriété de ses actions vu son défaut d’agir en temps utile » (*Greenberg*, par. 6). Dans l’affirmative, la Cour d’appel devait également déterminer quel délai de prescription était applicable, celui de 10 ans prévu à l’art. 2922 *C.c.Q.* ou celui de trois ans prévu à l’art. 2925 *C.c.Q.*

[259] La Cour d’appel a fait droit à la prétention du plaignant selon laquelle la prescription extinctive ne pouvait être invoquée lorsque, dans le cadre d’un recours fondé sur l’art. 241 *LCSA*, un plaignant cherche à faire valoir son droit de propriété ou demande que, en lien avec ce droit, le statut d’actionnaire lui soit reconnu.

[260] Plus particulièrement, la Cour d’appel est arrivée à la conclusion que « ce n’est pas parce que [le plaignant] a omis de contester la “négation” de son statut d’actionnaire à l’intérieur d’un délai de trois ans (ou de tout autre délai) qu’il ne peut plus faire valoir son droit de propriété sur les actions » (*Greenberg*, par. 43). Pour mettre fin au droit de propriété du plaignant, les intimés devaient démontrer qu’ils avaient acquis les actions par voie de prescription acquisitive, ce qu’ils ne soutenaient pas. Toujours selon la Cour d’appel, « [e]n tant que propriétaire, [le plaignant] ne peut certainement pas être empêché de faire valoir son droit de propriété par quelqu’un qui refuse simplement de reconnaître ce droit » (*Greenberg*, par. 44).

[261] Je souscris entièrement à ce raisonnement.

[262] En l’espèce, tout comme dans affaire *Greenberg*, la société intimée ne prétend pas être devenue propriétaire des actions de l’appellant par application de la prescription acquisitive. Elle refuse tout simplement de reconnaître à l’appellant son statut d’actionnaire et soutient que c’est son actionnaire majoritaire, M. Rosati, qui est dorénavant propriétaire de ses actions en raison d’une prétendue entente verbale et intervenue informellement entre

would stress once again that the situation in this case differs from the one in *Greenberg*, as Mr. Rosati is not a party to the litigation and therefore cannot claim acquisitive prescription in relation to the shares. Nor can the respondent company do so on his behalf.

#### VI. Conclusion

[263] For all these reasons, I would allow the appeal, revoke the resolution to transfer the appellant's shares and order that the respondent company's registers be rectified to reflect the appellant's status as a shareholder, with costs throughout.

*Appeal dismissed with costs, CÔTÉ J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Blake, Cassels & Graydon, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Langlois lawyers, Montréal.*

l'appelant et M. Rosati. Or, contrairement à la situation dans l'affaire *Greenberg*, et j'insiste une fois de plus sur ce point, M. Rosati n'est pas partie au litige et ne peut par conséquent revendiquer la prescription acquisitive des actions. La société intimée ne peut non plus le faire pour lui.

#### VI. Conclusion

[263] Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la résolution de transfert des actions de l'appelant et d'ordonner la rectification des registres de la société intimée afin de refléter le statut d'actionnaire de l'appelant, le tout avec dépens devant toutes les cours.

*Pourvoi rejeté avec dépens, la juge CÔTÉ est dissidente.*

*Procureurs de l'appelant : Blake, Cassels & Graydon, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée : Langlois avocats, Montréal.*

**Karine Lizotte, in her capacity as assistant  
syndic of the Chambre de l'assurance  
de dommages** *Appellante*

v.

**Aviva Insurance Company of Canada  
and Traders General Insurance  
Company** *Respondents*

and

**Canadian Bar Association,  
Advocates' Society and  
Barreau du Québec** *Intervenors*

**INDEXED AS: LIZOTTE v. AVIVA INSURANCE  
COMPANY OF CANADA**

**2016 SCC 52**

File No.: 36373.

2016: March 24; 2016: November 25.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC**

*Law of professions — Ethics — Powers of investigation of syndic — Production of documents — Litigation privilege — Inquiry by syndic of Chambre de l'assurance de dommages into conduct of claims adjuster — Whether statutory provision creating obligation to produce “any . . . document” at request of syndic can be interpreted as abrogating litigation privilege — Act respecting the distribution of financial products and services, CQLR, c. D-9.2, s. 337.*

In the course of an inquiry into a claims adjuster, the assistant syndic of the Chambre de l'assurance de dommages (the “syndic”) asked insurer A to send her a complete copy of its claim file with respect to one of its insured. The syndic based this request on s. 337 of the *Act respecting the distribution of financial products and services* (“*ADFPS*”). In response, the insurer produced a number of documents, but explained that it had withheld some on the basis that they were covered either by

**Karine Lizotte, ès qualités de syndic  
adjoint de la Chambre de l'assurance  
de dommages** *Appelante*

c.

**Aviva, Compagnie d'assurance du Canada  
et Compagnie d'assurance traders  
générale** *Intimées*

et

**Association du Barreau canadien,  
Advocates' Society et  
Barreau du Québec** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : LIZOTTE c. AVIVA, COMPAGNIE  
D'ASSURANCE DU CANADA**

**2016 CSC 52**

N° du greffe : 36373.

2016 : 24 mars; 2016 : 25 novembre.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Droit des professions — Déontologie — Pouvoirs d'enquête du syndic — Production de documents — Privilège relatif au litige — Enquête du syndic de la Chambre de l'assurance de dommages sur la conduite d'un expert en sinistre — Une disposition législative prévoyant l'obligation de fournir « tout document » à la demande du syndic peut-elle être interprétée comme écartant le privilège relatif au litige? — Loi sur la distribution de produits et services financiers, RLRQ, c. D-9.2, art. 337.*

Dans le cadre d'une enquête sur un expert en sinistre, la syndique adjointe de la Chambre de l'assurance de dommages (la « syndique ») demande à l'assureur A de lui communiquer une copie complète de son dossier de réclamation relatif à une de ses assurées. La syndique s'appuie à cette fin sur l'art. 337 de la *Loi sur la distribution de produits et services financiers* (« *LDPSF* »). En réponse, l'assureur transmet plusieurs documents, mais explique en avoir retranché certains au motif que ceux-ci

solicitor-client privilege or by litigation privilege. The syndic responded to this refusal by filing a motion for a declaratory judgment.

At the hearing of the motion, the syndic conceded that solicitor-client privilege could be asserted against her and that the issue before the court was therefore limited to litigation privilege. She argued that s. 337 *ADFPS* was sufficient to lift the privilege, because it created an obligation to produce “any . . . document” concerning the activities of a representative whose professional conduct is being investigated by the Chambre de l’assurance de dommages. The Superior Court concluded that litigation privilege cannot be abrogated absent an express provision. The Court of Appeal upheld the Superior Court’s judgment, holding that even though litigation privilege is distinguishable from solicitor-client privilege, it is, to the same extent, a fundamentally important principle that cannot be overridden without express language.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Litigation privilege is a common law rule that gives rise to an immunity from disclosure for documents and communications whose dominant purpose is preparation for litigation. This privilege has sometimes been confused with solicitor-client privilege, both at common law and in Quebec law. However, since *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319, it has been settled law that solicitor-client privilege and litigation privilege are distinct: the purpose of solicitor-client privilege is to protect a relationship, while that of litigation privilege is to ensure the efficacy of the adversarial process; solicitor-client privilege is permanent, whereas litigation privilege is temporary and lapses when the litigation ends; and, finally, litigation privilege applies to unrepresented parties and to non-confidential documents, and is not directed at communications between solicitors and clients as such.

The differences identified in *Blank* between solicitor-client privilege and litigation privilege have been adopted in Quebec law. Thus, despite certain common characteristics, litigation privilege has not been absorbed into, and does not constitute a component or subcategory of, the institution of professional secrecy.

Although litigation privilege is distinguishable from solicitor-client privilege, it is nevertheless a class privilege and gives rise to a presumption of inadmissibility for a class of communications, namely those whose dominant purpose is preparation for litigation. Thus, any document that meets the conditions for the application of litigation

sont visés soit par le secret professionnel de l’avocat, soit par le privilège relatif au litige. Devant ce refus, la syndique présente une requête en jugement déclaratoire.

En première instance, la syndique concède que le secret professionnel de l’avocat lui est opposable, de sorte que la question à résoudre se limite au seul privilège relatif au litige. Elle soutient que l’art. 337 *LDPSF* suffit pour écarter ce privilège puisqu’il prévoit l’obligation de fournir « tout document » sur les activités d’un représentant soumis à la supervision déontologique de la Chambre de l’assurance de dommages. La Cour supérieure conclut que le privilège relatif au litige ne peut être abrogé que par une disposition expresse. La Cour d’appel confirme ce jugement. Elle statue que même si le privilège relatif au litige se distingue du secret professionnel de l’avocat, il s’agit d’une règle d’importance tout aussi fondamentale qui ne peut être écartée que par des termes exprès.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Le privilège relatif au litige est une règle de common law qui crée une immunité de divulgation pour les documents et communications dont l’objet principal est la préparation d’un litige. Ce privilège a parfois été confondu avec le secret professionnel de l’avocat, tant en common law qu’en droit québécois. Toutefois, depuis l’arrêt *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319, il est établi que le secret professionnel de l’avocat et le privilège relatif au litige sont distincts : le secret professionnel de l’avocat vise à préserver une relation alors que le privilège relatif au litige vise à assurer l’efficacité du processus contradictoire; par ailleurs, le secret professionnel de l’avocat est permanent, tandis que le privilège relatif au litige est temporaire et s’éteint avec le litige; enfin, le privilège relatif au litige s’applique à des parties non représentées, couvre des documents non confidentiels et n’a pas pour cible les communications entre un avocat et son client en tant que telles.

Les distinctions posées dans l’arrêt *Blank* entre le secret professionnel de l’avocat et le privilège relatif au litige ont été suivies en droit québécois. Ainsi, malgré certains traits communs, le privilège relatif au litige n’est pas absorbé dans l’institution du secret professionnel et n’en constitue pas une composante ou une sous-catégorie.

S’il se distingue du secret professionnel de l’avocat, le privilège relatif au litige constitue néanmoins un privilège générique et il fait naître une présomption d’inadmissibilité pour une catégorie de communications, soit celles dont l’objet principal est la préparation d’un litige. Ainsi, à moins que l’on soit dans un cas visé par une des

privilege will be protected by an immunity from disclosure unless the case is one to which one of the exceptions to that privilege applies.

Litigation privilege is subject to clearly defined exceptions, not to a case-by-case balancing test. In the context of privileges, the exercise of balancing competing interests is associated with case-by-case privileges, not class privileges. The exceptions that apply to solicitor-client privilege are all applicable to litigation privilege. These include the exceptions relating to public safety, to the innocence of the accused and to criminal communications. They also include the exception recognized in *Blank* for evidence of the claimant party's abuse of process or similar blameworthy conduct. Other exceptions may be identified in the future, but they will always be based on narrow classes that apply in specific circumstances.

Finally, litigation privilege can be asserted against third parties, including third party investigators who have a duty of confidentiality. It would not be appropriate to exclude third parties from the application of this privilege or to expose the privilege to the uncertainties of disciplinary and legal proceedings that could result in the disclosure of documents that would otherwise be protected. Any uncertainty in this regard could have a chilling effect on parties preparing for litigation, who may fear that documents otherwise covered by litigation privilege could be made public.

In this case, the litigation privilege invoked by the insurer can be asserted against the syndic, and none of the exceptions to its application justify lifting the privilege. Moreover, this privilege cannot be lifted by applying s. 337 *ADFPS*. There is a robust line of authority according to which a party should not be denied the right to claim litigation privilege without clear and explicit legislative language to that effect. It was the fundamental importance of that privilege that led the Court to require explicit language for its abrogation. There is no question that litigation privilege does not have the same status as solicitor-client privilege, and it is less absolute than the latter. Nonetheless, like solicitor-client privilege, litigation privilege is fundamental to the proper functioning of our legal system and is central to the adversarial system that Quebec shares with the other provinces. The parties' ability to confidently develop strategies knowing that they cannot be compelled to disclose them is essential to the effectiveness of the adversarial process. Litigation privilege cannot therefore be abrogated by inference, and clear,

exceptions au privilège relatif au litige, tout document satisfaisant aux conditions de son application sera couvert par une immunité de divulgation.

Le privilège relatif au litige est sujet à des exceptions clairement définies, et non à une mise en balance au cas par cas. En matière de privilège, la mise en balance des intérêts est le propre des privilèges reconnus au cas par cas, et non des privilèges génériques. Les exceptions au secret professionnel de l'avocat sont toutes applicables au privilège relatif au litige. Cela comprend les exceptions relatives à la sécurité publique, à l'innocence de l'accusé et aux communications de nature criminelle. S'y ajoute l'exception reconnue dans *Blank* pour la divulgation d'éléments de preuve démontrant un abus de procédure ou une conduite répréhensible similaire de la part de la partie qui revendique le privilège relatif au litige. D'autres exceptions pourront être reconnues à l'avenir, mais toujours sur la base de catégories restreintes qui s'appliqueront dans des circonstances précises.

Finalement, le privilège relatif au litige est opposable aux tiers, y compris aux tiers enquêteurs ayant une obligation de confidentialité. Il n'est pas souhaitable d'exclure les tiers de son application ou de l'exposer aux aléas de procédures disciplinaires et judiciaires qui pourraient mener à la divulgation de documents qui seraient autrement protégés. Laisser planer quelque incertitude à ce chapitre risquerait d'avoir un effet paralysant sur les parties se préparant à un litige en raison de la crainte que soient rendus publics des documents autrement couverts par le privilège relatif au litige.

En l'espèce, le privilège relatif au litige invoqué par l'assureur est opposable à la syndique et aucune des exceptions à son application ne justifie d'y passer outre. De plus, ce privilège ne peut être mis à l'écart par l'application de l'art. 337 *LDPSF*. Il existe en effet un solide courant de jurisprudence établissant qu'une partie ne devrait pas être privée du droit de revendiquer le privilège relatif au litige sans qu'un texte législatif clair et explicite ne le prévoit. C'est l'importance fondamentale de ce privilège qui mène la Cour à exiger des termes explicites pour sa mise à l'écart. Il est indénié que le privilège relatif au litige n'a pas le même statut que le secret professionnel de l'avocat, et il n'est pas aussi absolu que ce dernier. Il n'en reste pas moins que, comme le secret professionnel de l'avocat, le privilège relatif au litige est essentiel au bon fonctionnement du système de justice et il se situe au cœur du système accusatoire et contradictoire que le Québec partage avec les autres provinces. La capacité des parties d'élaborer leur stratégie en toute confiance et à l'abri d'une divulgation forcée est une condition

explicit and unequivocal language is required in order to lift it. However, s. 337 *ADFPS*, on which the syndic is relying, merely authorizes a request for the production of “any . . . document” without further precision. This is a general production provision that does not specifically indicate that the production must include records for which privilege is claimed. A provision that merely refers to the production of “any . . . document” does not contain sufficiently clear, explicit and unequivocal language to abrogate litigation privilege. It follows that the insurer was entitled to assert litigation privilege in this case and to refuse to provide the syndic with the documents that fall within the scope of that privilege.

### Cases Cited

**Applied:** *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574; *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319; **referred to:** *Foster Wheeler Power Co. v. Société intermunicipale de gestion et d’élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 SCC 18, [2004] 1 S.C.R. 456; *Lyell v. Kennedy (No. 2)* (1883), 9 App. Cas. 81; *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 27; *Desjardins Assurances générales inc. v. Groupe Ledor inc., mutuelle d’assurances*, 2014 QCCA 1501; *Canada (Procureur général) v. Chambre des notaires du Québec*, 2014 QCCA 552; *Informatique Côté, Coulombe inc. v. Groupe Son X Plus inc.*, 2012 QCCA 2262; *Union canadienne (L’), compagnie d’assurance v. St-Pierre*, 2012 QCCA 433, [2012] R.J.Q. 340; *Imperial Tobacco Canada ltée v. Létourneau*, 2012 QCCA 2260; *Société d’énergie de la Baie James v. Groupe Aecon ltée*, 2011 QCCA 646; *Fournier Avocats inc. v. Cinar Corp.*, 2010 QCCA 2278; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *Sable Offshore Energy Inc. v. Ameron International Corp.*, 2013 SCC 37, [2013] 2 S.C.R. 623; *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389; *Compagnie d’assurances AIG du Canada v. Solmax International inc.*, 2016 QCCA 258; *Axa Assurances inc. v. Pageau*, 2009 QCCA 1494; *Conceicao Farms Inc. v. Zeneca Corp.* (2006), 83 O.R. (3d) 792; *College of Physicians and Surgeons of British Columbia v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2002 BCCA 665, 23 C.P.R. (4th) 185; *Apotex Fermentation Inc. v. Novopharm Ltd.* (1994), 95 Man. R. (2d) 186; *R. v. Brouillette* (1992), 78 C.C.C. (3d) 350; *Opron Construction Co. v. Alberta* (1989), 100 A.R. 58; *R. v. Lanthier*, 2008 CanLII 13797; *Kennedy v. McKenzie* (2005), 17 C.P.C. (6th) 229; *R. v.*

*sine qua non* de l’efficacité du processus contradictoire. Ainsi, le privilège relatif au litige ne peut être supprimé par inférence et des termes clairs, explicites et non équivoques sont nécessaires pour l’écarter. Or, l’art. 337 *LDPSF* sur lequel s’appuie la syndique n’autorise que la demande de communication de « tout document », sans plus. Il s’agit d’une disposition générale relative à la production de documents qui ne précise pas clairement qu’elle s’applique aux documents à l’égard desquels est invoqué le privilège. Une disposition qui traite simplement de la communication de « tout document » ne contient pas de termes suffisamment clairs, explicites et non équivoques pour écarter le privilège relatif au litige. Il s’ensuit que l’assureur pouvait invoquer ici le privilège relatif au litige et refuser de fournir à la syndique les documents visés par celui-ci.

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574; *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319; **arrêts mentionnés :** *Société d’énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d’élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 CSC 18, [2004] 1 R.C.S. 456; *Lyell c. Kennedy (No. 2)* (1883), 9 App. Cas. 81; *Susan Hosiery Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C. de l’É. 27; *Desjardins Assurances générales inc. c. Groupe Ledor inc., mutuelle d’assurances*, 2014 QCCA 1501; *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2014 QCCA 552; *Informatique Côté, Coulombe inc. c. Groupe Son X Plus inc.*, 2012 QCCA 2262; *Union canadienne (L’), compagnie d’assurance c. St-Pierre*, 2012 QCCA 433, [2012] R.J.Q. 340; *Imperial Tobacco Canada ltée c. Létourneau*, 2012 QCCA 2260; *Société d’énergie de la Baie James c. Groupe Aecon ltée*, 2011 QCCA 646; *Fournier Avocats inc. c. Cinar Corp.*, 2010 QCCA 2278; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp.*, 2013 CSC 37, [2013] 2 R.C.S. 623; *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389; *Compagnie d’assurances AIG du Canada c. Solmax International inc.*, 2016 QCCA 258; *Axa Assurances inc. c. Pageau*, 2009 QCCA 1494; *Conceicao Farms Inc. c. Zeneca Corp.* (2006), 83 O.R. (3d) 792; *College of Physicians and Surgeons of British Columbia c. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2002 BCCA 665, 23 C.P.R. (4th) 185; *Apotex Fermentation Inc. c. Novopharm Ltd.* (1994), 95 Man. R. (2d) 186; *Brouillette c. R.*, [1992] R.J.Q. 2776; *Opron Construction Co. c. Alberta* (1989), 100 A.R. 58; *R. c. Lanthier*, 2008 CanLII 13797; *Kennedy c. McKenzie*

*Soomel*, 2003 BCSC 140; *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321; *Brown v. Cape Breton (Regional Municipality)*, 2011 NSCA 32, 302 N.S.R. (2d) 84; *Llewellyn v. Carter*, 2008 PESCAD 12, 278 Nfld. & P.E.I.R. 96; *Davies v. American Home Assurance Co.* (2002), 60 O.R. (3d) 512; *R. v. Barros*, 2011 SCC 51, [2011] 3 S.C.R. 368; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *R. v. Kea* (2005), 27 M.V.R. (5th) 182; *D'Anjou v. Lamontagne*, 2014 QCCQ 11999; *Rodriguez v. Woloszyn*, 2013 ABQB 269, 554 A.R. 8; *Aherne v. Chang*, 2011 ONSC 3846, 337 D.L.R. (4th) 593; *Guay v. Gesca ltée*, 2013 QCCA 343, [2013] R.J.Q. 342; *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947); *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *Peacock v. Bell* (1667), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445; *Canada (National Revenue) v. Thompson*, 2016 SCC 21, [2016] 1 S.C.R. 381; *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario*, 2010 ONCA 197, 260 O.A.C. 125; *Slocan Forest Products Ltd. v. Trapper Enterprises Ltd.*, 2010 BCSC 1494, 100 C.P.C. (6th) 70; *TransAlta Corp. v. Market Surveillance Administrator*, 2014 ABCA 196, 577 A.R. 32; *Privacy Commissioner of Canada v. Air Canada*, 2010 FC 429; *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Privacy Commissioner of Canada*, 2010 FC 736; *Louch v. Decicco*, 2007 BCSC 393, 39 C.P.C. (6th) 8; *Ward v. Pasternak*, 2015 BCSC 1190.

### Statutes and Regulations Cited

*Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1, s. 23.  
*Act respecting the distribution of financial products and services*, CQLR, c. D-9.2, ss. 284, 289, 312, 329, 337, 352, 353, 376.  
*Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12, s. 9.  
*Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01, art. 11.  
*Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5, ss. 12 [repl. 2010, c. 23, s. 83], 12.1.  
*Professional Code*, CQLR, c. C-26, ss. 14.3, 60.4, 142, 192.

### Authors Cited

Billingsley, Barbara. “‘Ingathered’ Records and the Scope of Litigation Privilege in Canada: Does

(2005), 17 C.P.C. (6th) 229; *R. c. Soomel*, 2003 BCSC 140; *General Accident Assurance Co. c. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321; *Brown c. Cape Breton (Regional Municipality)*, 2011 NSCA 32, 302 N.S.R. (2d) 84; *Llewellyn c. Carter*, 2008 PESCAD 12, 278 Nfld. & P.E.I.R. 96; *Davies c. American Home Assurance Co.* (2002), 60 O.R. (3d) 512; *R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *R. c. Kea* (2005), 27 M.V.R. (5th) 182; *D'Anjou c. Lamontagne*, 2014 QCCQ 11999; *Rodriguez c. Woloszyn*, 2013 ABQB 269, 554 A.R. 8; *Aherne c. Chang*, 2011 ONSC 3846, 337 D.L.R. (4th) 593; *Guay c. Gesca ltée*, 2013 QCCA 343, [2013] R.J.Q. 342; *Hickman c. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947); *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Peacock c. Bell* (1667), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *Canada (Revenu national) c. Thompson*, 2016 CSC 21, [2016] 1 R.C.S. 381; *Penetanguishene Mental Health Centre c. Ontario*, 2010 ONCA 197, 260 O.A.C. 125; *Slocan Forest Products Ltd. c. Trapper Enterprises Ltd.*, 2010 BCSC 1494, 100 C.P.C. (6th) 70; *TransAlta Corp. c. Market Surveillance Administrator*, 2014 ABCA 196, 577 A.R. 32; *Commissaire à la protection de la vie privée du Canada c. Air Canada*, 2010 CF 429; *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. c. Commissaire à la protection de la vie privée du Canada*, 2010 CF 736; *Louch c. Decicco*, 2007 BCSC 393, 39 C.P.C. (6th) 8; *Ward c. Pasternak*, 2015 BCSC 1190.

### Lois et règlements cités

*Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 9.  
*Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 11.  
*Code des professions*, RLRQ, c. C-26, art. 14.3, 60.4, 142, 192.  
*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, c. A-1, art. 23.  
*Loi sur la distribution de produits et services financiers*, RLRQ, c. D-9.2, art. 284, 289, 312, 329, 337, 352, 353, 376.  
*Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5, art. 12 [repl. 2010, c. 23, art. 83], 12.1.

### Doctrine et autres documents cités

Billingsley, Barbara. « ‘Ingathered’ Records and the Scope of Litigation Privilege in Canada : Does

Litigation Privilege Apply to Copies or Collections of Otherwise Unprivileged Documents?” (2014), 43 *Adv. Q.* 280.

Cardinal, Alain. “Quelques aspects modernes du secret professionnel de l’avocat” (1984), 44 *R. du B.* 237.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

*Halsbury’s Laws of Canada: Evidence*, 2014 Reissue, contributed by Hamish C. Stewart. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.

Sharpe, Robert J. “Claiming Privilege in the Discovery Process”, in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1984 — Law in Transition: Evidence*. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1984, 163.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Williams, Neil J. “Discovery of Civil Litigation Trial Preparation in Canada” (1980), 58 *Can. Bar Rev.* 1.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Bich, Gagnon and St-Pierre JJ.A.), 2015 QCCA 152, [2015] AZ-51145074, [2015] J.Q. n° 383 (QL), 2015 CarswellQue 384 (WL Can.), setting aside in part a decision of Gagnon J., 2013 QCCS 6397, [2013] AZ-51031246, [2013] J.Q. n° 14254 (QL), 2013 CarswellQue 13283 (WL Can.). Appeal dismissed.

*Claude G. Leduc and Olivier Charbonneau-Saulnier*, for the appellant.

*Éric Azran and Patrick Girard*, for the respondents.

*Mahmud Jamal, Alexandre Fallon and W. David Rankin*, for the intervener the Canadian Bar Association.

*Douglas C. Mitchell and Audrey Boctor*, for the intervener the Advocates’ Society.

*François LeBel, Jean-Benoît Pouliot and Sylvie Champagne*, for the intervener Barreau du Québec.

Litigation Privilege Apply to Copies or Collections of Otherwise Unprivileged Documents? » (2014), 43 *Adv. Q.* 280.

Cardinal, Alain. « Quelques aspects modernes du secret professionnel de l’avocat » (1984), 44 *R. du B.* 237.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.

*Halsbury’s Laws of Canada : Evidence*, 2014 Reissue, contributed by Hamish C. Stewart, Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008.

Sharpe, Robert J. « Claiming Privilege in the Discovery Process », in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1984 — Law in Transition : Evidence*, Don Mills (Ont.), Richard De Boo, 1984, 163.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Williams, Neil J. « Discovery of Civil Litigation Trial Preparation in Canada » (1980), 58 *R. du B. can.* 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Bich, Gagnon et St-Pierre), 2015 QCCA 152, [2015] AZ-51145074, [2015] J.Q. n° 383 (QL), 2015 CarswellQue 384 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision du juge Gagnon, 2013 QCCS 6397, [2013] AZ-51031246, [2013] J.Q. n° 14254 (QL), 2013 CarswellQue 13283 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

*Claude G. Leduc et Olivier Charbonneau-Saulnier*, pour l’appelante.

*Éric Azran et Patrick Girard*, pour les intimées.

*Mahmud Jamal, Alexandre Fallon et W. David Rankin*, pour l’intervenante l’Association du Barreau canadien.

*Douglas C. Mitchell et Audrey Boctor*, pour l’intervenante Advocates’ Society.

*François LeBel, Jean-Benoît Pouliot et Sylvie Champagne*, pour l’intervenant le Barreau du Québec.

English version of the judgment of the Court delivered by

GASCON J. —

### I. Overview

[1] Litigation privilege protects against the compulsory disclosure of communications and documents whose dominant purpose is preparation for litigation. Although it differs from the professional secrecy of lawyers (solicitor-client privilege) in several respects, the two concepts do overlap to some extent. Since *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574, it has been settled law that any legislative provision capable of interfering with solicitor-client privilege must be read narrowly and that a legislature may not abrogate that privilege by inference, but may only do so using clear, explicit and unequivocal language. The issue in this appeal is whether this principle also applies to litigation privilege.

[2] In the course of an inquiry into a claims adjuster, the appellant, the assistant syndic (the “syndic”) of the Chambre de l’assurance de dommages (the “Chamber”), asked an insurer, the respondent Aviva Insurance Company of Canada, to send her a complete copy of its claim file with respect to one of its insured. Aviva refused to do so on the basis that some of the requested documents were protected by litigation privilege. In response to this refusal, the syndic filed a motion for a declaratory judgment, arguing that the relevant statutory provision created an obligation to produce “any . . . document” concerning the activities of a representative whose professional conduct is being investigated by the Chamber, and that this was sufficient to lift the privilege. In the syndic’s opinion, litigation privilege can be distinguished from solicitor-client privilege; it is less important and is not absolute, and should therefore be applied more flexibly.

[3] The Superior Court concluded that litigation privilege cannot be abrogated absent an express provision. The Court of Appeal upheld the Superior

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GASCON —

### I. Aperçu

[1] Le privilège relatif au litige protège contre la divulgation forcée de communications et de documents dont l’objet principal est la préparation d’un litige. S’il se distingue du secret professionnel de l’avocat à plusieurs égards, il en partage néanmoins certains traits communs. Depuis l’arrêt *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574, il est acquis que toute disposition législative susceptible de porter atteinte au secret professionnel de l’avocat doit être interprétée restrictivement et qu’un législateur ne peut abroger ce secret par inférence, mais uniquement au moyen de termes clairs, explicites et non équivoques. Ce pourvoi soulève la question de savoir si cela s’étend également au privilège relatif au litige.

[2] Dans le cadre d’une enquête sur un expert en sinistre, l’appelante, la syndique adjointe de la Chambre de l’assurance de dommages (la « syndique »), a demandé à un assureur, l’intimée Aviva, Compagnie d’assurance du Canada, de lui communiquer une copie complète de son dossier de réclamation relatif à une de ses assurées. Aviva a refusé au motif que certains des documents requis étaient protégés par le privilège relatif au litige. Devant ce refus, la syndique a présenté une requête en jugement déclaratoire et soutenu que l’article de loi pertinent prévoit l’obligation de fournir « tout document » sur les activités d’un représentant soumis à la supervision déontologique de la Chambre, ce qui suffit pour écarter ce privilège. Pour la syndique, le privilège relatif au litige se distingue du secret professionnel de l’avocat; il est moins important et moins absolu et il doit donc être appliqué de façon plus souple.

[3] La Cour supérieure a conclu que le privilège relatif au litige ne peut être abrogé que par une disposition expresse. La Cour d’appel a confirmé ce

Court's judgment, holding that even though litigation privilege is distinguishable from solicitor-client privilege, it is, to the same extent, a fundamentally important principle that cannot be overridden without express language.

[4] I would dismiss the appeal. Although there are differences between solicitor-client privilege and litigation privilege, the latter is nonetheless a fundamental principle of the administration of justice that is central to the justice system both in Quebec and in the other provinces. It is a class privilege that exempts the communications and documents that fall within its scope from compulsory disclosure, except where one of the limited exceptions to non-disclosure applies.

[5] The requirements established in *Blood Tribe* apply to litigation privilege. Given its importance, this privilege cannot be abrogated by inference and cannot be lifted absent a clear, explicit and unequivocal provision to that effect. Because the section at issue provides only for the production of "any . . . document" without further precision, it does not have the effect of abrogating the privilege. It follows that Aviva was entitled to assert litigation privilege in this case and to refuse to provide the syndic with the documents that fall within the scope of that privilege.

## II. Background

[6] The Chamber is a self-regulatory organization established by s. 284 of the *Act respecting the distribution of financial products and services*, CQLR, c. D-9.2 ("*ADFPS*"). It is responsible for overseeing the professional conduct of a number of representatives working in the insurance field, including claims adjusters, damage insurance agents and damage insurance brokers (ss. 289 and 312 *ADFPS*). In this regard, the Chamber has a role similar to that of a professional order governed by the *Professional Code*, CQLR, c. C-26, although it is not such an order. Its "mission [is] to ensure the protection of the public by maintaining discipline among and supervising the training and ethics of its members" (s. 312 *ADFPS*). For this purpose, the

jugement. Elle a statué que même si le privilège relatif au litige se distingue du secret professionnel de l'avocat, il s'agit d'une règle d'importance tout aussi fondamentale qui ne peut être écartée que par des termes exprès.

[4] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Bien que des distinctions s'imposent entre le secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige, ce dernier demeure une règle fondamentale pour l'administration de la justice qui se situe au cœur du système judiciaire, tant au Québec que dans les autres provinces. Il s'agit d'un privilège générique qui empêche la divulgation forcée des communications ou documents qu'il couvre, sauf si l'une des exceptions restreintes à leur non-divulgation s'applique.

[5] Les exigences posées dans l'arrêt *Blood Tribe* s'appliquent au privilège relatif au litige. Vu son importance, ce privilège ne peut être abrogé par inférence et ne peut être mis à l'écart que par une disposition claire, explicite et non équivoque à cet effet. Puisque la disposition en cause ne prévoit que la communication de « tout document » sans plus de précision, elle n'a pas pour effet d'écartier ce privilège. Il s'ensuit qu'Aviva pouvait invoquer ici le privilège relatif au litige et refuser de fournir à la syndique les documents visés par celui-ci.

## II. Contexte

[6] La Chambre est un organisme d'autoréglementation institué par l'art. 284 de la *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, RLRQ, c. D-9.2 (« *LDPSF* »). Elle est responsable de la supervision déontologique de plusieurs représentants œuvrant dans le domaine de l'assurance, dont les experts en sinistre, les agents en assurance de dommages et les courtiers en assurance de dommages (art. 289 et 312 *LDPSF*). Sous ce rapport, la Chambre remplit un rôle similaire à celui d'un ordre professionnel régi par le *Code des professions*, RLRQ, c. C-26, bien qu'elle n'en soit pas un. Elle « a pour mission d'assurer la protection du public en maintenant la discipline et en veillant à la formation et à la déontologie de ses membres » (art. 312

syndic of the Chamber inquires into any offences under the *ADFPS* or its regulations (s. 329 *ADFPS*). She may bring a complaint against a representative before the Chamber's discipline committee, and the complaint may result in a fine (ss. 352, 353 and 376 *ADFPS*).

[7] In July 2008, a fire damaged the residence of a person insured by Aviva. Aviva assigned one of its claims adjusters, M.B., to investigate the claim. The syndic of the Chamber later received information to the effect that M.B. had made certain errors in managing the file. On January 24, 2011, the syndic opened an inquiry with respect to M.B. In the course of that inquiry, a member of the syndic's team sent Aviva a request for a [TRANSLATION] "complete copy of [its] file, both physical and electronic, for this claim", and for a list that would enable her "to identify the employees who worked on the file" (emphasis deleted). The syndic based this request on s. 337 *ADFPS*, which reads as follows:

**337.** Insurers, firms, independent partnerships and mutual fund dealers and scholarship plan dealers registered in accordance with Title V of the Securities Act (chapter V-1.1) must, at the request of a syndic, forward any required document or information concerning the activities of a representative.

[8] In response, Aviva produced a number of documents, but explained that it had withheld some on the basis that they were covered either by solicitor-client privilege or by litigation privilege. The syndic insisted, however, and made several subsequent requests for the complete claim file, explaining that she could not conduct her inquiry without it.

[9] On June 30, 2011, the insured person in question brought legal proceedings against Aviva to obtain compensation. While that action was still pending in court, the syndic applied in June 2012 for a declaratory judgment against Aviva in order to obtain the documents it sought. On June 26, 2013, Aviva and the insured person reached an out-of-court settlement, and on October 17, 2013, Aviva finally sent the syndic the entire file regarding the insured person's claim.

*LDPSF*). La syndique de la Chambre enquête à cette fin sur toute contravention à la *LDPSF* ou à ses règlements (art. 329 *LDPSF*). Elle peut déposer une plainte contre un représentant devant un comité de discipline de la Chambre, et cette plainte peut mener à une sanction (art. 352, 353 et 376 *LDPSF*).

[7] En juillet 2008, un incendie endommage la résidence d'une assurée d'Aviva. Cette dernière mandate alors un expert en sinistre à son emploi, M.B., pour enquêter sur le sinistre. Par la suite, la syndique de la Chambre reçoit une information reprochant certains manquements à M.B. dans sa gestion du dossier. Le 24 janvier 2011, la syndique ouvre une enquête sur M.B. Dans le cadre de cette enquête, un membre de l'équipe de la syndique transmet à Aviva une demande pour obtenir une « [c]opie complète de [son] dossier de réclamation, physique et informatique, pour ce sinistre », ainsi qu'une liste permettant « d'identifier les employés ayant traité ce dossier » (caractères gras omis). La syndique s'appuie à cette fin sur l'art. 337 *LDPSF* qui édicte :

**337.** Un assureur, un cabinet, une société autonome, ou un courtier en épargne collective ou en plans de bourses d'études inscrit conformément au titre V de la Loi sur les valeurs mobilières (chapitre V-1.1) doit, à la demande d'un syndic, lui transmettre tout document ou tout renseignement qu'il requiert sur les activités d'un représentant.

[8] En réponse, Aviva transmet plusieurs documents, mais explique en avoir retranché certains au motif que ceux-ci sont visés soit par le secret professionnel de l'avocat, soit par le privilège relatif au litige. La syndique insiste malgré tout et exige à plusieurs reprises la communication du dossier complet de réclamation, faute de quoi, dit-elle, elle ne peut poursuivre son enquête.

[9] Le 30 juin 2011, l'assurée concernée intente un recours judiciaire contre Aviva pour être indemnisée. Alors que ce recours est toujours pendant, la syndique entreprend en juin 2012 des procédures en jugement déclaratoire contre Aviva pour obtenir les documents recherchés. Le 26 juin 2013, un règlement hors cour intervient entre Aviva et son assurée, si bien que le 17 octobre 2013, Aviva transmet finalement à la syndique tout le dossier de réclamation concernant l'assurée.

[10] Although that settled the dispute between the parties with respect to the production of the required documents, the syndic nevertheless proceeded with her motion for a declaratory judgment. As agreed by the parties, that motion raised the following question:

[TRANSLATION] The parties agree that at the time when the ChaD (Chambre de l'assurance de dommages) made its request to the defendant on January 24, 2011, some of the documents included in the claim file of the insured person N.F. were not produced by the defendant on the basis of litigation privilege or of professional secrecy (solicitor-client privilege). Accordingly, was the defendant entitled to assert those privileges against the ChaD and to refuse on that basis to produce the documents covered by them?

[11] The Superior Court judge who heard the motion held that it raised a [TRANSLATION] “genuine problem”, because other insurers and claims adjusters had raised the same question in response to requests for documents from the Chamber’s syndics. At the hearing of the motion, the syndic conceded that solicitor-client privilege could be asserted against her and that the issue before the court was therefore limited to litigation privilege. As well, Aviva abandoned its argument that some of the requested documents did not relate to “the activities of a representative” within the meaning of s. 337 *ADFPS*. As a result, no facts were at issue before the motion judge.

### III. Judicial History

#### A. *Quebec Superior Court (2013 QCCS 6397)*

[12] The Superior Court ruled in Aviva’s favour. The motion judge began by observing that s. 9 of the *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12 (the “*Quebec Charter*”), grants quasi-constitutional protection to professional secrecy of lawyers, which is closely linked to [TRANSLATION] the “democratic values” (paras. 46 and 50-51 (CanLII)). Although claims adjusters are not bound to professional secrecy by law, counsel retained by a claims adjuster or an insurer is so bound (paras. 47-48). In *Blood Tribe*, it was held that an authority

[10] Même si cela règle le litige qui oppose les parties quant à la communication des documents requis, la syndique va néanmoins de l’avant avec sa requête en jugement déclaratoire. Du commun accord des parties, cette requête pose la question suivante :

Les parties admettent qu’au moment de la demande faite par la ChaD (Chambre de l’assurance de dommages) le 24 janvier 2011 auprès de la partie défenderesse que, parmi les documents composant le dossier de réclamation de l’assurée N.F., certains documents n’ont pas été communiqués par la partie défenderesse parce qu’ils sont visés soit par le privilège relatif au litige, soit par le secret professionnel (privilège avocat-client). Par conséquent, la partie défenderesse avait-elle le droit d’opposer ces privilèges à la ChaD et ainsi refuser de communiquer les documents couverts par ces privilèges?

[11] Le juge de la Cour supérieure saisi de l’affaire décide que la requête pose une « difficulté réelle », puisque d’autres assureurs et experts en sinistre ont soulevé la question en réponse à des demandes de documents de la part de syndics de la Chambre. À l’audience en première instance, la syndique concède que le secret professionnel de l’avocat lui est opposable, de sorte que la question à résoudre se limite au seul privilège relatif au litige. Pour sa part, Aviva renonce à plaider que certains documents demandés ne portent pas sur « les activités d’un représentant » au sens de l’art. 337 *LDPSF*. Le débat devant le premier juge est ainsi exempt de toute composante factuelle.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour supérieure du Québec (2013 QCCS 6397)*

[12] La Cour supérieure donne raison à Aviva. Le juge rappelle d’abord que le secret professionnel de l’avocat bénéficie d’une protection quasi constitutionnelle à l’art. 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 (la « *Charte québécoise* »), et est étroitement associé aux « valeurs démocratiques » (par. 46 et 50-51 (CanLII)). Bien que l’expert en sinistre ne soit pas tenu par la loi au secret professionnel, l’avocat mandaté par un expert en sinistre ou un assureur lui l’est (par. 47-48). L’arrêt *Blood Tribe* prévoit que la loi doit contenir des

may not “pierce” solicitor-client privilege absent express words in the applicable legislation. Because the *ADFPS* (and s. 337 thereof) contains no express abrogation of solicitor-client privilege, the latter may be asserted against the syndic (paras. 53-56).

[13] The motion judge then considered the syndic’s argument that litigation privilege can be distinguished from solicitor-client privilege, in particular in that it is not protected by s. 9 of the *Quebec Charter*. In the motion judge’s view, this argument represented a [TRANSLATION] “departure from the position taken by the Supreme Court in *Foster Wheeler*” (para. 63). In that case, LeBel J. had written that litigation privilege “is now being absorbed into the Quebec civil law concept of professional secrecy” (*Foster Wheeler Power Co. v. Société intermunicipale de gestion et d’élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 SCC 18, [2004] 1 S.C.R. 456, at para. 44). The motion judge also noted that the Federal Court had held, in two cases originating in common law provinces, that the principles applicable to solicitor-client privilege in the context of the statute at issue in *Blood Tribe* (the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 (“*PIPEDA*”)) also applied to litigation privilege (paras. 64-67).

[14] In light of the decision in *Foster Wheeler*, the motion judge considered himself bound to apply these principles to Quebec law and to find that, in the absence of express language, the *ADFPS* does not abrogate litigation privilege, which can therefore be asserted against the syndic (para. 68). He accordingly declared that both solicitor-client privilege and litigation privilege can be asserted against the syndic of the Chamber [TRANSLATION] “by anybody who receives a request for information” (para. 83).

#### B. *Quebec Court of Appeal (2015 QCCA 152)*

[15] The Court of Appeal upheld the judgment on the motion, concluding that litigation privilege could be asserted against the syndic. In its view, the syndic had been right to concede that solicitor-client privilege could be asserted against her, since the legislature is required to use express language to abrogate that privilege, which it had not done in

termes exprès pour qu’une autorité puisse y passer outre. Comme la *LDPSF* (et son art. 337) ne contient aucune dérogation expresse au secret professionnel de l’avocat, celui-ci est opposable à la syndique (par. 53-56).

[13] Le juge considère ensuite l’argument de la syndique selon lequel le privilège relatif au litige se distingue du secret professionnel de l’avocat, notamment en ce qu’il n’est pas protégé par l’art. 9 de la *Charte québécoise*. Pour le juge, cet argument « déroge de la position énoncée par la Cour suprême dans l’arrêt *Foster Wheeler* » (par. 63). Dans cet arrêt, le juge LeBel écrit que le privilège relatif au litige « tend maintenant, en droit québécois, à être absorbé dans l’institution du secret professionnel » (*Société d’énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d’élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 CSC 18, [2004] 1 R.C.S. 456, par. 44). Le juge souligne en outre que, dans deux cas provenant de provinces de common law, la Cour fédérale décide que les principes applicables au secret professionnel de l’avocat dans le cadre de la loi en cause dans *Blood Tribe* (soit la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5 (« *LPRPDE* »)) valent aussi pour le privilège relatif au litige (par. 64-67).

[14] Compte tenu de l’arrêt *Foster Wheeler*, le juge s’estime tenu d’appliquer ces principes en droit québécois et de conclure que, à défaut de termes exprès, la *LDPSF* ne déroge pas au privilège relatif au litige qui demeure opposable à la syndique (par. 68). Le juge déclare par conséquent que tant le secret professionnel de l’avocat que le privilège relatif au litige sont opposables à la syndique de la Chambre « par toute personne visée par une demande d’enquête » (par. 83).

#### B. *Cour d’appel du Québec (2015 QCCA 152)*

[15] La Cour d’appel confirme le jugement de première instance et conclut que le privilège relatif au litige peut être opposé à la syndique. Pour la cour, la syndique a raison de concéder que le secret professionnel de l’avocat lui est opposable, le législateur devant prévoir toute dérogation expressément, ce qui n’est pas le cas ici. La cour souligne d’ailleurs

this case. The court also noted that, by way of comparison, express language had been used in ss. 14.3, 60.4 and 192 of the *Professional Code* (which does not apply to claims adjusters) in the context of disciplinary inquiries (paras. 23 and 30 (CanLII)).

[16] Although solicitor-client privilege and litigation privilege must be viewed as being conceptually distinct, the Court of Appeal noted that in *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319, this Court had written that the two rules “serve a common cause: The secure and effective administration of justice according to law” (para. 25, quoting *Blank*, at para. 31). As well, the Federal Court, the Ontario Court of Appeal and the Alberta Court of Appeal had held that litigation and/or settlement privilege cannot be abrogated without clear and explicit language (paras. 31-32). In the Court of Appeal’s view, the same reasoning applies to the instant case.

[17] The Court of Appeal added that this Court had also stated in *Blank* that the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1, had been enacted in a context in which the term “solicitor-client privilege” was understood to include litigation privilege (para. 29). Yet the same context had also applied when the *ADFPS* was enacted in 1998, and when the legislature made amendments to that Act after *Blank* was decided, it did not add anything to abrogate solicitor-client privilege or litigation privilege even though it had done so in the *Professional Code* with respect to professional secrecy (para. 30). The Court of Appeal concluded from this that litigation privilege could be asserted against the syndic. The court allowed the appeal, but solely to amend the motion judge’s conclusion such that it would apply to [TRANSLATION] “the respondents” rather than to “any person” (para. 37).

#### IV. Issue

[18] In this Court, the syndic rightly admits that solicitor-client privilege can be asserted against her in the context of a request for documents relating to a claim file. The central issue of the appeal is therefore whether Aviva could also assert litigation privilege against the syndic in the same context. To

que, en comparaison, à ses art. 14.3, 60.4 et 192, le *Code des professions* (auquel les experts en sinistre ne sont pas assujettis) le fait expressément en ce qui concerne les enquêtes de nature disciplinaire (par. 23 et 30 (CanLII)).

[16] Bien qu’il faille distinguer conceptuellement le secret professionnel de l’avocat et le privilège relatif au litige, la Cour d’appel retient que dans *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319, notre Cour écrit que ces deux règles « servent une cause commune : l’administration sûre et efficace de la justice conformément au droit » (par. 25, citant *Blank*, par. 31). La Cour fédérale, la Cour d’appel de l’Ontario et la Cour d’appel de l’Alberta concluent aussi que le privilège relatif au litige et/ou le privilège relatif au règlement ne peuvent être écartés en l’absence d’un texte clair et explicite (par. 31-32). De l’avis de la Cour d’appel, ce raisonnement s’applique tout autant en l’espèce.

[17] La Cour d’appel ajoute que, dans *Blank*, notre Cour a de plus énoncé que la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. 1985, c. A-1, a été adoptée dans un contexte où les termes « secret professionnel » étaient perçus comme incluant également le privilège relatif au litige (par. 29). Or, ce contexte prévalait aussi lors de l’adoption de la *LDPSF* en 1998, et le législateur est intervenu pour modifier cette dernière après l’arrêt *Blank* sans rien y ajouter pour écarter le secret professionnel de l’avocat ou le privilège relatif au litige, ce qu’il a pourtant fait dans le *Code des professions* en ce qui a trait au secret professionnel (par. 30). La Cour d’appel en conclut que le privilège relatif au litige est opposable à la syndique. Elle accueille l’appel à la seule fin de modifier la conclusion du premier juge pour qu’elle porte sur « les défenderesses » et non sur « toute personne » (par. 37).

#### IV. Question en litige

[18] Devant nous, la syndique reconnaît à juste titre que le secret professionnel de l’avocat lui est opposable dans le contexte d’une demande de communication des documents se rapportant à un dossier d’indemnisation. La question au cœur du pourvoi est donc celle de savoir si Aviva pouvait tout autant

resolve it, I will have to determine whether litigation privilege may be abrogated using general rather than clear, explicit and unequivocal language and, accordingly, whether s. 337 *ADFPS* can be interpreted as establishing a valid abrogation of the privilege. Before doing so, however, I must first review the characteristics of litigation privilege.

## V. Analysis

### A. *Characteristics of Litigation Privilege*

[19] Litigation privilege gives rise to an immunity from disclosure for documents and communications whose dominant purpose is preparation for litigation. The classic examples of items to which this privilege applies are the lawyer's file and oral or written communications between a lawyer and third parties, such as witnesses or experts: J.-C. Royer and S. Lavallée, *La preuve civile* (4th ed. 2008), at pp. 1009-10.

[20] Litigation privilege is a common law rule of English origin: *Lyell v. Kennedy* (No. 2) (1883), 9 App. Cas. 81 (H.L.). It was introduced to Canada, including Quebec, in the 20th century as a privilege linked to solicitor-client privilege, which at the time was considered to be a rule of evidence that was necessary to ensure the proper conduct of trials: A. Cardinal, "Quelques aspects modernes du secret professionnel de l'avocat" (1984), 44 *R. du B.* 237, at pp. 266-67. In an oft-cited case, J. J. J. P. of the former Exchequer Court of Canada explained the purpose of litigation privilege, once known as the lawyer's brief rule, as follows:

Turning to the "lawyer's brief" rule, the reason for the rule is, obviously, that, under our adversary system of litigation, a lawyer's preparation of his client's case must not be inhibited by the possibility that the materials that he prepares can be taken out of his file and presented to the court in a manner other than that contemplated when they were prepared. What would aid in determining the truth when presented in the manner contemplated by the

opposer à la syndique le privilège relatif au litige dans ce même contexte. Pour y répondre, il faut déterminer si le privilège relatif au litige peut être abrogé par des termes d'acception générale plutôt que clairs, explicites et non équivoques et, en conséquence, si l'art. 337 *LDPSF* peut être interprété comme abrogeant valablement ce privilège. Avant de m'attarder à cette question, il importe que je cerne d'abord les caractéristiques du privilège relatif au litige.

## V. Analyse

### A. *Les caractéristiques du privilège relatif au litige*

[19] Le privilège relatif au litige crée une immunité de divulgation pour les documents et communications dont l'objet principal est la préparation d'un litige. Les exemples classiques d'éléments couverts par ce privilège sont le dossier de l'avocat et les communications verbales ou écrites entre un avocat et des tiers, par exemple des témoins ou des experts : J.-C. Royer et S. Lavallée, *La preuve civile* (4<sup>e</sup> éd. 2008), p. 1009-1010.

[20] Le privilège relatif au litige est une règle de common law d'origine anglaise : *Lyell c. Kennedy* (No. 2) (1883), 9 App. Cas. 81 (H.L.). Au cours du 20<sup>e</sup> siècle, cette règle a été introduite au Canada, y compris au Québec, comme un privilège lié au secret professionnel de l'avocat, alors considéré comme une règle de preuve nécessaire pour la bonne marche des procès : A. Cardinal, « Quelques aspects modernes du secret professionnel de l'avocat » (1984), 44 *R. du B.* 237, p. 266-267. Dans une décision souvent reprise, le Président J. J. J. P. de l'ancienne Cour de l'Échiquier du Canada, a décrit ainsi l'objet du privilège relatif au litige, connu à une certaine époque comme le principe applicable au dossier de l'avocat (« *lawyer's brief rule* ») :

[TRADUCTION] Pour en venir au principe applicable au « dossier de l'avocat », sa raison d'être tient évidemment à ce que, dans notre système judiciaire accusatoire, l'avocat ne doit pas être gêné dans la préparation de la cause de son client par la possibilité que les documents qu'il prépare soient retirés de son dossier et déposés devant le tribunal d'une manière autre que celle qu'il envisage. Les documents qui aideraient à mettre à jour la

solicitor who directed its preparation might well be used to create a distortion of the truth to the prejudice of the client when presented by someone adverse in interest who did not understand what gave rise to its preparation. If lawyers were entitled to dip into each other's briefs by means of the discovery process, the straightforward preparation of cases for trial would develop into a most unsatisfactory travesty of our present system. [Emphasis added.]

(*Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 27, at pp. 33-34)

[21] Because of these origins, litigation privilege has sometimes been confused with solicitor-client privilege, both at common law and in Quebec law: Royer and Lavallée, at pp. 1003-4; N. J. Williams, "Discovery of Civil Litigation Trial Preparation in Canada" (1980), 58 *Can. Bar Rev.* 1, at pp. 37-38.

[22] However, since *Blank* was rendered in 2006, it has been settled law that solicitor-client privilege and litigation privilege are distinguishable. In *Blank*, the Court stated that "[t]hey often co-exist and [that] one is sometimes mistakenly called by the other's name, but [that] they are not coterminous in space, time or meaning" (para. 1). It identified the following differences between them:

- The purpose of solicitor-client privilege is to protect a *relationship*, while that of litigation privilege is to ensure the efficacy of the adversarial *process* (para. 27);
- Solicitor-client privilege is permanent, whereas litigation privilege is temporary and lapses when the litigation ends (paras. 34 and 36);
- Litigation privilege applies to unrepresented parties, even where there is no need to protect access to legal services (para. 32);
- Litigation privilege applies to non-confidential documents (para. 28, quoting R. J. Sharpe, "Claiming Privilege in the Discovery Process",

vérité s'ils étaient présentés de la façon prévue par l'avocat qui en a dirigé la préparation pourraient fort bien servir à déformer la vérité au préjudice de son client s'ils étaient soumis par une partie aux intérêts opposés qui ne comprend pas ce qui a donné lieu à leur préparation. Si les avocats pouvaient fouiller dans les dossiers les uns des autres au moyen du processus de la communication préalable, la simple préparation des dossiers pour l'instruction se transformerait en une regrettable parodie de notre système actuel. [Je souligne.]

(*Susan Hosiery Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C. de l'É. 27, p. 33-34)

[21] En raison de ces origines, le privilège relatif au litige a parfois été confondu avec le secret professionnel de l'avocat, tant en common law qu'en droit québécois : Royer et Lavallée, p. 1003-1004; N. J. Williams, « Discovery of Civil Litigation Trial Preparation in Canada » (1980), 58 *R. du B. can.* 1, p. 37-38.

[22] Toutefois, depuis l'arrêt *Blank* rendu en 2006, il est établi que le secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige se distinguent. Dans *Blank*, la Cour indique que « [c]es privilèges coexistent souvent et [qu']on utilise parfois à tort le nom de l'un pour désigner l'autre, mais [que] leur portée, leur durée et leur signification ne coïncident pas » (par. 1). La Cour identifie les distinctions suivantes qui existent entre les deux :

- Le secret professionnel de l'avocat vise à préserver une *relation* alors que le privilège relatif au litige vise à assurer l'efficacité du *processus* contradictoire (par. 27);
- Le secret professionnel est permanent, alors que le privilège relatif au litige est temporaire et s'éteint avec le litige (par. 34 et 36);
- Le privilège relatif au litige s'applique à des parties non représentées, alors même qu'il n'y a aucun besoin de protéger l'accès à des services juridiques (par. 32);
- Le privilège relatif au litige couvre des documents non confidentiels (par. 28, citant R. J. Sharpe, « Claiming Privilege in the Discovery

in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada* (1984), 163, at pp. 164-65);

- Litigation privilege is not directed at communications between solicitors and clients as such (para. 27).

[23] The Court also stated that litigation privilege, “unlike the solicitor-client privilege, is neither absolute in scope nor permanent in duration” (*Blank*, at para. 37). Moreover, the Court confirmed that only those documents whose “dominant purpose” is litigation (and not those for which litigation is a “substantial purpose”) are covered by the privilege (para. 60). It noted that the concept of “related litigation”, which concerns different proceedings that are brought after the litigation that gave rise to the privilege, may extend the privilege’s effect (paras. 38-41).

[24] While it is true that in *Blank*, the Court thus identified clear differences between litigation privilege and solicitor-client privilege, it also recognized that they have some characteristics in common. For instance, it noted that the two privileges “serve a common cause: The secure and effective administration of justice according to law” (para. 31). More specifically, litigation privilege serves that cause by “ensur[ing] the efficacy of the adversarial process” (para. 27) and maintaining a “protected area to facilitate investigation and preparation of a case for trial by the adversarial advocate” (para. 40, quoting Sharpe, at p. 165).

[25] The differences identified in *Blank* between solicitor-client privilege and litigation privilege have been adopted in Quebec law: *Desjardins Assurances générales inc. v. Groupe Ledor inc., mutuelle d’assurances*, 2014 QCCA 1501, at para. 8 (CanLII); *Canada (Procureur général) v. Chambre des notaires du Québec*, 2014 QCCA 552, at para. 47 (CanLII); *Informatique Côté, Coulombe inc. v. Groupe Son X Plus inc.*, 2012 QCCA 2262, at para. 15 (CanLII); *Union canadienne (L’), compagnie d’assurance v. St-Pierre*, 2012 QCCA 433, [2012] R.J.Q. 340, at paras. 23-24; *Imperial Tobacco Canada ltée v. Létourneau*, 2012 QCCA 2260, at paras. 7-8 (CanLII); *Société d’énergie de la Baie James v. Groupe*

Process », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada* (1984), 163, p. 164-165);

- Le privilège relatif au litige n’a pas pour cible les communications entre un avocat et son client en tant que telles (par. 27).

[23] La Cour précise également que le privilège relatif au litige, « contrairement au secret professionnel de l’avocat, n’est ni absolu quant à sa portée, ni illimité quant à sa durée » (*Blank*, par. 37). La Cour confirme en outre que seuls les documents dont « l’objet principal » (et non tous les documents dont un « objet important ») est la préparation du litige sont couverts par le privilège (par. 60). Elle note que la notion de « litige connexe », qui concerne un autre litige survenu après celui ayant donné lieu au privilège, peut prolonger l’application de celui-ci (par. 38-41).

[24] S’il est vrai que l’arrêt *Blank* établit ainsi des distinctions claires entre le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l’avocat, il leur reconnaît par contre certains traits communs. La Cour rappelle en effet que les deux privilèges « servent une cause commune : l’administration sûre et efficace de la justice conformément au droit » (par. 31). Plus particulièrement, le privilège relatif au litige sert cette cause en « assur[ant] l’efficacité du processus contradictoire » (par. 27) et en maintenant une « zone protégée destinée à faciliter, pour l’avocat, l’enquête et la préparation du dossier en vue de l’instruction contradictoire » (par. 40, citant Sharpe, p. 165).

[25] Les distinctions posées dans l’arrêt *Blank* entre le secret professionnel de l’avocat et le privilège relatif au litige ont été suivies en droit québécois : *Desjardins Assurances générales inc. c. Groupe Ledor inc., mutuelle d’assurances*, 2014 QCCA 1501, par. 8 (CanLII); *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2014 QCCA 552, par. 47 (CanLII); *Informatique Côté, Coulombe inc. c. Groupe Son X Plus inc.*, 2012 QCCA 2262, par. 15 (CanLII); *Union canadienne (L’), compagnie d’assurance c. St-Pierre*, 2012 QCCA 433, [2012] R.J.Q. 340, par. 23-24; *Imperial Tobacco Canada ltée c. Létourneau*, 2012 QCCA 2260, par. 7-8 (CanLII); *Société d’énergie de la Baie James c. Groupe Aecon ltée*,

*Aecon ltée*, 2011 QCCA 646, at para. 14 (CanLII); *Fournier Avocats inc. v. Cinar Corp.*, 2010 QCCA 2278, at para. 21 (CanLII). In light of *Blank* and the subsequent case law, the earlier *obiter dictum* of LeBel J. in *Foster Wheeler* on which the motion judge relied in the instant case (para. 63) must be placed in its proper context. In *Foster Wheeler*, LeBel J. wrote that litigation privilege “is now being absorbed into the Quebec civil law concept of professional secrecy” (para. 44). However, that observation referred to a tendency that is no longer representative of the state of the law in Quebec. Moreover, because litigation privilege applies, for example, to an unrepresented party without the involvement of a professional counsellor (*Blank*, at para. 27), it cannot be said, despite the common characteristics, that it has been absorbed into, or constitutes a component or subcategory of, the institution of professional secrecy.

[26] This being said, the syndic in the case at bar is relying on *Blank* and on the differences identified in it as the basis for three arguments that support her view that litigation privilege should be given a limited scope.

[27] First, she submits that litigation privilege is not a class privilege and that this distinguishes it from solicitor-client privilege, as it is intended not to protect a relationship, but solely to facilitate a process. Although taking care not to say that litigation privilege is essentially a [TRANSLATION] “case-by-case privilege”, she submits that it is nevertheless a “limited privilege that must yield where the ends of justice so require or where that is justified by an overriding public interest”.

[28] Next, the syndic argues that litigation privilege must be subjected to a balancing test. In her view, courts must in every case assess the harm that would result from the application of the privilege and consider the opposing interests in deciding whether it should apply. The very existence of the privilege thus depends on an analysis specific to a given situation rather than on the application of certain defined exceptions as is the case for solicitor-client privilege. The syndic considers that litigation

2011 QCCA 646, par. 14 (CanLII); *Fournier Avocats inc. c. Cinar Corp.*, 2010 QCCA 2278, par. 21 (CanLII). Aussi, compte tenu de l’arrêt *Blank* et de la jurisprudence qui l’a suivi, l’*obiter* antérieur du juge LeBel dans l’arrêt *Foster Wheeler* sur lequel s’est appuyé ici le premier juge (par. 63) doit être replacé dans son contexte. Dans cet arrêt, le juge LeBel écrivait que le privilège relatif au litige « tend maintenant, en droit québécois, à être absorbé dans l’institution du secret professionnel » (*Foster Wheeler*, par. 44). Or, ce constat renvoie à une tendance qui ne représente plus l’état du droit au Québec. D’ailleurs, puisque le privilège relatif au litige s’applique par exemple à une partie non représentée sans qu’un professionnel n’intervienne (*Blank*, par. 27), on ne peut, malgré certains traits communs, soutenir qu’il soit absorbé dans l’institution du secret professionnel ou qu’il en constitue une composante ou une sous-catégorie.

[26] Cela dit, en l’espèce, la syndique s’appuie sur l’arrêt *Blank* et les distinctions qu’il pose pour en tirer trois arguments sur la portée limitée qui, à ses yeux, devrait être accordée au privilège relatif au litige.

[27] Elle prétend d’abord que le privilège relatif au litige n’est pas un privilège générique. Il se distinguerait en cela du secret professionnel de l’avocat, car il ne viserait pas à protéger une relation, mais uniquement à faciliter un processus. Tout en se gardant d’affirmer que le privilège relatif au litige s’assimile à un « privilège reconnu au cas par cas », elle avance qu’il s’agit tout de même d’un « privilège limité qui doit céder le pas lorsque les fins de la justice le requièrent ou lorsqu’un intérêt public prépondérant le justifie ».

[28] La syndique plaide ensuite que le privilège relatif au litige doit être assujéti à un test de mise en balance (« *balancing test* »). Selon la syndique, les tribunaux devraient mesurer dans chaque cas le préjudice causé par l’application du privilège et considérer les intérêts s’y opposant afin de décider si ce dernier devrait s’appliquer. L’existence même du privilège dépendrait ainsi d’une analyse qui serait propre à chaque situation, et non de l’application de certaines exceptions circonscrites comme

privilege no longer reflects contemporary legal realities, which require more extensive co-operation in the courts, and that it should therefore be given a very narrow scope.

[29] Finally, the syndic submits that it should not be possible to assert the privilege against someone who is not a party to the litigation in question. The Court should even adopt a [TRANSLATION] “third party investigator exception”. In the syndic’s opinion, such an exception should apply in favour of anyone who:

[TRANSLATION] . . . (i) is not a party to the litigation that gave rise to the privilege and is therefore a “third party” to the litigation who has no interest in it; (ii) has investigative powers conferred by the legislature in relation to a function being performed in the public interest; (iii) requests the production of documents that are directly relevant to the fulfillment of that function; (iv) has a duty of confidentiality that bars him or her from disclosing the requested documents, directly or indirectly, to the opposing party in the litigation that gave rise to the privilege; and (v) is authorized to disclose the documents only in a forum that itself is obligated and has the ability to maintain their confidentiality for at least as long as the duration of the litigation that gave rise to the privilege (and any related litigation). [A.F., at para. 136]

[30] I note that this last argument goes well beyond the narrow issue of legislative abrogation of the privilege raised in this appeal. The proposed exception, which is based on a balancing test, could cause the privilege to be inapplicable even before that issue arises. In support of the exception, the syndic asserts that her oath of discretion and duty of confidentiality substantially limit, or even eliminate, any risk of harm. In short, in a situation like the one in this case, the very limited scope of litigation privilege means that it should yield given the importance of the syndic’s function of protecting the public.

[31] I find these three arguments to be without merit. Although litigation privilege is distinguishable from solicitor-client privilege, the fact remains that

cela prévaut pour le secret professionnel de l’avocat. Pour la syndique, le privilège relatif au litige ne correspond plus aux réalités juridiques contemporaines qui requièrent une coopération accrue en matière judiciaire. Partant, on devrait lui reconnaître une portée très restreinte.

[29] Enfin, la syndique soutient que ce privilège ne devrait pas pouvoir être invoqué contre des tiers qui ne sont pas parties au litige concerné. La Cour devrait même adopter une « exception d’inopposabilité à un tiers enquêteur ». Pour la syndique, une telle exception devrait bénéficier à toute personne qui :

. . . (i) n’est pas partie au litige ayant donné lieu au privilège et est donc un « tiers » à ce litige n’y ayant aucun intérêt (ii) dispose de pouvoirs d’enquêtes confiés par le législateur dans le cadre d’une mission d’intérêt public (iii) demande communication de documents directement pertinents à l’accomplissement de cette mission d’intérêt public (iv) a une obligation de confidentialité ayant pour effet de l’empêcher de divulguer les documents demandés, directement ou indirectement, à la partie adverse dans le litige ayant donné lieu au privilège (v) n’est autorisée à produire les documents que devant une instance ayant elle-même le devoir et les moyens de préserver la confidentialité des documents, et ce, au moins aussi longtemps que durera le litige ayant donné lieu au privilège (et les litiges connexes). [m.a., par. 136]

[30] Je note que ce dernier argument va bien au-delà de la simple question de l’abrogation législative du privilège que pose ce pourvoi. L’exception proposée, qui se base sur un test de mise en balance, pourrait rendre le privilège inapplicable avant même que ne se pose la question de sa mise à l’écart par la loi. Pour l’appuyer, la syndique fait valoir que son serment de discrétion et l’obligation de confidentialité qui lui incombe limitent considérablement, voire éliminent tout risque de préjudice. En somme, dans une situation comme celle qui prévaut en l’espèce, la portée très limitée du privilège relatif au litige devrait céder le pas devant l’importance de la mission de protection du public confiée à la syndique.

[31] J’estime ces trois arguments mal fondés. S’il se distingue du secret professionnel de l’avocat, le privilège relatif au litige demeure (1) un privilège

(1) it is a class privilege, (2) it is subject to clearly defined exceptions, not to a case-by-case balancing test, and (3) it can be asserted against third parties, including third party investigators who have a duty of confidentiality.

(1) Litigation Privilege Is a Class Privilege

[32] There are two types of privileges in our law: class privileges and case-by-case privileges. A class privilege entails a presumption of non-disclosure once the conditions for its application are met. It is “more rigid than a privilege constituted on a case-by-case basis”, which means that it “does not lend itself to the same extent to be tailored to fit the circumstances”: *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, at para. 46. On the other hand, “[t]he scope of [a] case-by-case privilege”, as the name suggests, “will depend, as does its very existence, on a case-by-case analysis, and may be total or partial” (*National Post*, at para. 52). The four “Wigmore criteria”, the last of which is a balancing of the interests at stake, are applied:

The “Wigmore criteria” consist of four elements which may be expressed for present purposes as follows. First, the communication must originate in a confidence that the identity of the informant will not be disclosed. Second, the confidence must be essential to the relationship in which the communication arises. Third, the relationship must be one which should be “sedulously fostered” in the public good (“Sedulous[ly]” being defined . . . as “diligent[ly] . . . deliberately and consciously”). Finally, if all of these requirements are met, the court must consider whether in the instant case the public interest served by protecting the identity of the informant from disclosure outweighs the public interest in getting at the truth. . . .

The fourth Wigmore criterion does most of the work. Having established the value to the public of the relationship in question, the court must weigh against its protection any countervailing public interest such as the

générique, (2) sujet à des exceptions clairement définies, et non à une mise en balance au cas par cas, et (3) opposable aux tiers, y compris aux tiers enquêteurs ayant une obligation de confidentialité.

(1) Le privilège relatif au litige est un privilège générique

[32] Notre droit reconnaît deux types de privilèges : les privilèges génériques et les privilèges reconnus au cas par cas. Un privilège générique comporte une présomption de non-divulgence une fois que ses conditions d’application sont établies. Il se veut « plus rigide qu’un privilège reconnu au cas par cas », de sorte qu’il « n’est pas possible de le redéfinir aussi librement pour l’adapter aux circonstances » : *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, par. 46. À l’opposé, un « privilège reconnu au cas par cas », comme son nom l’indique, « peut être absolu ou partiel et sa portée dépend, comme son existence même, d’une analyse effectuée au cas par cas » (*National Post*, par. 52). On y applique le « test de Wigmore », composé de quatre volets, dont le dernier est un test de mise en balance des intérêts en cause :

Le test ou « critère de Wigmore » comporte quatre volets qui peuvent se résumer comme suit dans le contexte qui nous occupe. Premièrement, les communications doivent avoir été transmises confidentiellement avec l’assurance que l’identité de l’informateur ne serait pas divulguée. Deuxièmement, le caractère confidentiel doit être essentiel aux rapports dans le cadre desquels la communication est transmise. Troisièmement, les rapports doivent être des rapports qui, dans l’intérêt public, devraient être « entretenus assidûment », adjectif qui évoque l’application constante et la persévérance [. . .] Enfin, si toutes ces exigences sont remplies, le tribunal doit déterminer si, dans l’affaire qui lui est soumise, l’intérêt public que l’on sert en soustrayant l’identité à la divulgation l’emporte sur l’intérêt public à la découverte de la vérité. . . .

C’est donc le quatrième volet du test de Wigmore qui sera le plus déterminant. Une fois établie l’importance pour le public des rapports en question, le tribunal doit mettre en balance la protection de ces rapports et tout

investigation of a particular crime (or national security, or public safety or some other public good). [paras. 53 and 58]

[33] In my opinion, litigation privilege is a class privilege. Once the conditions for its application are met, that is, once there is a document created for “the dominant purpose of litigation” (*Blank*, at para. 59) and the litigation in question or related litigation is pending “or may reasonably be apprehended” (para. 38), there is a “*prima facie* presumption of inadmissibility” in the sense intended by Lamer C.J. in *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263:

The parties have tended to distinguish between two categories: a “blanket”, *prima facie*, common law, or “class” privilege on the one hand, and a “case-by-case” privilege on the other. The first four terms are used to refer to a privilege which was recognized at common law and one for which there is a *prima facie* presumption of inadmissibility (once it has been established that the relationship fits within the class) unless the party urging admission can show why the communications should not be privileged (i.e., why they should be admitted into evidence as an exception to the general rule). [Emphasis deleted; p. 286]

[34] From this perspective, litigation privilege is similar to settlement privilege and informer privilege, which the Court has already characterized as class privileges: *Sable Offshore Energy Inc. v. Ameron International Corp.*, 2013 SCC 37, [2013] 2 S.C.R. 623, at para. 12; *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389, at para. 22. Like them, litigation privilege has long been recognized by the courts and has been considered to entail a presumption of immunity from disclosure once the conditions for its application have been met: *Blank*, at paras. 59-60; *Compagnie d'assurances AIG du Canada v. Solmax International inc.*, 2016 QCCA 258, at paras. 4-8 (CanLII); *Groupe Ledor inc.*, at paras. 8-9; *St-Pierre*, at para. 41; *Axa Assurances inc. v. Pageau*, 2009 QCCA 1494, at para. 2 (CanLII); *Conceicao Farms Inc. v. Zeneca Corp.* (2006), 83 O.R. (3d) 792 (C.A.), at paras. 20-21; *College of Physicians and Surgeons of*

autre intérêt public opposé, comme la tenue d'une enquête sur un crime précis (ou la sécurité nationale, la sécurité publique ou une autre considération intéressant le bien collectif). [par. 53 et 58]

[33] À mon avis, le privilège relatif au litige se qualifie de privilège générique. Une fois établies les conditions de son application, c'est-à-dire une fois que l'on est en présence d'un document dont « l'objet principal [. . .] est la préparation du litige » (*Blank*, par. 59) et que ce litige ou un litige connexe est encore en cours « ou peut être raisonnablement appréhendé » (par. 38), il y a une « présomption à première vue d'inadmissibilité » au sens où l'entendait le juge en chef Lamer dans *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263 :

Les parties ont eu tendance à établir une distinction entre deux catégories : un privilège *prima facie* « général » de common law ou un privilège « générique », d'une part, et un privilège « fondé sur les circonstances de chaque cas », d'autre part. Les premiers termes sont utilisés pour désigner un privilège qui a été reconnu en common law et pour lequel il existe une présomption à première vue d'inadmissibilité (lorsqu'il a été établi que les rapports s'inscrivent dans la catégorie) à moins que la partie qui demande l'admission ne puisse démontrer pour quelles raisons les communications ne devraient pas être privilégiées (c.-à-d., pour quelles raisons elles devraient être admises en preuve à titre d'exception à la règle générale). [Soulignement omis; p. 286]

[34] De ce point de vue, le privilège relatif au litige s'apparente au privilège relatif au règlement et au privilège de l'indicateur de police, que la Cour a déjà qualifié de privilèges génériques : *Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp.*, 2013 CSC 37, [2013] 2 R.C.S. 623, par. 12; *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389, par. 22. Comme ces derniers, il est reconnu par les tribunaux depuis longtemps et a été considéré comme comportant une présomption d'immunité de divulgation une fois qu'il est satisfait à ses conditions d'application : *Blank*, par. 59-60; *Compagnie d'assurances AIG du Canada c. Solmax International inc.*, 2016 QCCA 258, par. 4-8 (CanLII); *Groupe Ledor inc.*, par. 8-9; *St-Pierre*, par. 41; *Axa Assurances inc. c. Pageau*, 2009 QCCA 1494, par. 2 (CanLII); *Conceicao Farms Inc. c. Zeneca Corp.* (2006), 83 O.R. (3d) 792 (C.A.), par. 20-21; *College of Physicians and Surgeons of*

of *British Columbia v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2002 BCCA 665, 23 C.P.R. (4th) 185, at paras. 31-33 and 72; *Apotex Fermentation Inc. v. Novopharm Ltd.* (1994), 95 Man. R. (2d) 186 (C.A.), at paras. 18-20; *R. v. Brouillette* (1992), 78 C.C.C. (3d) 350 (Que. C.A.), at p. 368; *Opron Construction Co. v. Alberta* (1989), 100 A.R. 58 (C.A.), at para. 5.

[35] Furthermore, several courts and authors have, although sometimes diverging on the basis for the privilege or the applicable criteria, explicitly concluded that litigation privilege is in fact a class privilege: *R. v. Lanthier*, 2008 CanLII 13797 (Ont. S.C.J.), at para. 6; *Kennedy v. McKenzie* (2005), 17 C.P.C. (6th) 229 (Ont. S.C.J.), at para. 22; *R. v. Soomel*, 2003 BCSC 140, at para. 76 (CanLII); H. C. Stewart, *Halsbury's Laws of Canada: Evidence* (2014 Reissue), at para. HEV-183; B. Billingsley, “‘Ingathered’ Records and the Scope of Litigation Privilege in Canada: Does Litigation Privilege Apply to Copies or Collections of Otherwise Unprivileged Documents?” (2014), 43 *Adv. Q.* 280, at pp. 283-85.

[36] Thus, although litigation privilege differs from solicitor-client privilege in that its purpose is to facilitate a process — the adversary process (*Blank*, at para. 28, quoting Sharpe, at paras. 164-65) — and not to protect a relationship, it is nevertheless a class privilege. It is recognized by the common law courts, and it gives rise to a presumption of inadmissibility for a class of communications, namely those whose dominant purpose is preparation for litigation (*Blank*, at para. 60).

[37] This means that any document that meets the conditions for the application of litigation privilege will be protected by an immunity from disclosure unless the case is one to which one of the exceptions to that privilege applies. As a result, the onus is not on a party asserting litigation privilege to prove on a case-by-case basis that the privilege should apply in light of the facts of the case and the “public interests” that are at issue (*National Post*, at para. 58).

*British Columbia c. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2002 BCCA 665, 23 C.P.R. (4th) 185, par. 31-33 et 72; *Apotex Fermentation Inc. c. Novopharm Ltd.* (1994), 95 Man. R. (2d) 186 (C.A.), par. 18-20; *Brouillette c. R.*, [1992] R.J.Q. 2776 (C.A.), p. 2789; *Opron Construction Co. c. Alberta* (1989), 100 A.R. 58 (C.A.), par. 5.

[35] Plusieurs tribunaux et auteurs, bien que d’avis parfois divergents sur ses fondements ou le test qui lui est applicable, ont d’ailleurs explicitement conclu que le privilège relatif au litige constitue bel et bien un privilège générique : *R. c. Lanthier*, 2008 CanLII 13797 (C.S.J. Ont.), par. 6; *Kennedy c. McKenzie* (2005), 17 C.P.C. (6th) 229 (C.S.J. Ont.), par. 22; *R. c. Soomel*, 2003 BCSC 140, par. 76 (CanLII); H. C. Stewart, *Halsbury's Laws of Canada : Evidence* (2014 réédition), par. HEV-183; B. Billingsley, « “Ingathered” Records and the Scope of Litigation Privilege in Canada : Does Litigation Privilege Apply to Copies or Collections of Otherwise Unprivileged Documents? » (2014), 43 *Adv. Q.* 280, p. 283-285.

[36] Ainsi, bien que le privilège relatif au litige se distingue du secret professionnel de l’avocat puisqu’il vise à faciliter un processus, celui du procès contradictoire (*Blank*, par. 28, citant Sharpe, p. 164-165), et non à protéger une relation, il constitue néanmoins un privilège générique. Il est reconnu par la common law et il fait naître une présomption d’inadmissibilité pour une catégorie de communications, soit celles dont l’objet principal est la préparation d’un litige (*Blank*, par. 60).

[37] C’est donc dire que, à moins que l’on soit dans un cas visé par une des exceptions au privilège relatif au litige, tout document satisfaisant aux conditions de son application sera couvert par une immunité de divulgation. Cela étant, il ne revient pas à une partie revendiquant le privilège relatif au litige d’établir au cas par cas que celui-ci devrait s’appliquer compte tenu des faits de l’espèce et des « intérêts publics » en cause (*National Post*, par. 58).

(2) Litigation Privilege Is Subject to Clearly Defined Exceptions and Not to a Case-by-Case Balancing Exercise

[38] Despite the fact that litigation privilege is a class privilege, the syndic proposes that the Court adopt the balancing test developed by Doherty J.A. of the Ontario Court of Appeal in his dissenting reasons in *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321:

Litigation privilege claims should be determined by first asking whether the material meets the dominant purpose test . . . . If it meets that test, then it should be determined whether in the circumstances the harm flowing from non-disclosure clearly outweighs the benefit accruing from the recognition of the privacy interest of the party resisting production. [Emphasis added; p. 365.]

[39] I disagree. In the context of privileges, the exercise of balancing competing interests is associated with case-by-case privileges (*National Post*, at para. 58), not class privileges. Rosenberg J.A., who wrote reasons concurring with those of Carthy J.A. for the majority in *Chrusz*, refused to apply such a test, citing the uncertainty that would be caused by a case-by-case approach of balancing the advantages and disadvantages of applying the privilege. I adopt his comments on this point:

The litigation privilege is well established, even if some of the nuances are not. In my view, the competing interests or balancing approach proposed by Doherty J.A. is more appropriate for dealing with emerging claims of privilege . . . . I am concerned that a balancing test would lead to unnecessary uncertainty and a proliferation of pre-trial motions in civil litigation.

That is not to say that litigation privilege is absolute. The Supreme Court of Canada has made it clear that all of the established privileges are subject to some exceptions. . . .

In my view, with established privileges like solicitor-client privilege and litigation privilege it is preferable that the general rule be stated with as much clarity as

(2) Le privilège relatif au litige est sujet à des exceptions clairement définies et non à une mise en balance au cas par cas

[38] Bien que le privilège relatif au litige soit un privilège générique, la syndique propose à la Cour d'adopter le test de mise en balance élaboré par le juge Doherty de la Cour d'appel de l'Ontario, dissident, dans l'arrêt *General Accident Assurance Co. c. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321 :

[TRADUCTION] Pour trancher une revendication de privilège relatif au litige, il faut d'abord se demander si les documents visés satisfont au critère de l'objet principal [. . .] Dans l'affirmative, il faut ensuite déterminer si, dans les circonstances, le préjudice découlant de la non-divulgence l'emporte clairement sur l'avantage conféré par la reconnaissance du droit à la vie privée de la partie qui s'oppose à la production. [Je souligne; p. 365.]

[39] Je ne suis pas d'accord. En matière de privilèges, la mise en balance des intérêts est le propre des privilèges reconnus au cas par cas (*National Post*, par. 58), et non des privilèges génériques. Le juge Rosenberg, concordant avec le juge Carthy pour la majorité dans *Chrusz*, refuse quant à lui d'appliquer un tel test, invoquant l'incertitude que crée une approche au cas par cas de mise en balance des avantages et inconvénients causés par l'application du privilège. Je fais miens ses propos sur ce point :

[TRADUCTION] Le privilège relatif au litige est bien établi, même si certaines des nuances applicables ne le sont pas. À mon avis, l'approche des intérêts opposés ou de mise en balance proposée par le juge Doherty convient davantage lorsqu'il s'agit de se prononcer sur de nouvelles revendications de privilège [. . .] Je crains qu'un critère de mise en balance ne mène à une incertitude inutile et à une prolifération des requêtes préliminaires en matière civile.

Cela ne veut pas dire que le privilège relatif au litige est absolu. La Cour suprême du Canada a clairement affirmé que tous les privilèges établis sont assortis d'exceptions. . . .

À mon avis, avec des privilèges établis comme le secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige, il est préférable que la règle générale soit énoncée

possible. Deviations from the rule should be dealt with as clearly defined exceptions rather than as a new balancing exercise each time a privilege claim is made . . . [Emphasis added; p. 369.]

[40] Moreover, other courts have cited Justice Rosenberg’s analysis with approval: *Brown v. Cape Breton (Regional Municipality)*, 2011 NSCA 32, 302 N.S.R. (2d) 84, at paras. 57-58; *Llewellyn v. Carter*, 2008 PESCAD 12, 278 Nfld. & P.E.I.R. 96, at para. 52; *Kennedy*, at para. 39; *Davies v. American Home Assurance Co.* (2002), 60 O.R. (3d) 512 (S.C.J.), at paras. 43-46. Similarly, in *R. v. Barros*, 2011 SCC 51, [2011] 3 S.C.R. 368, this Court discussed the certainty that was needed in the case of another fundamental privilege, that of the police informer, explaining as follows why a case-by-case determination of whether relevant information is privileged would undermine the confidence of those who are protected by the privilege:

Police rely heavily on informers. Because of its almost absolute nature, the privilege encourages other potential informers to come forward with some assurance of protection against reprisal. A more flexible rule that would leave disclosure up to the discretion of the individual trial judge would rob informers of that assurance and sap their willingness to cooperate. [Emphasis added; para. 30.]

The same considerations apply to litigation privilege.

[41] What must be done therefore is to identify, where appropriate, specific exceptions to litigation privilege rather than conducting a balancing exercise in each case. In this regard, the Court held in *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, that the exceptions that apply to solicitor-client privilege are all applicable to litigation privilege, given that solicitor-client privilege is the “highest privilege recognized by the courts” (para. 44). These include the exceptions relating to public safety, to the innocence of the accused and to criminal communications (paras. 52-59 and 74-86). They also include the exception to litigation privilege recognized in *Blank*

le plus clairement possible. Les dérogations à cette règle devraient faire l’objet d’exceptions clairement définies et ne pas être assujetties à un nouvel exercice de mise en balance chaque fois qu’une revendication de privilège est faite . . . [Je souligne; p. 369.]

[40] D’autres tribunaux ont d’ailleurs repris, en l’approuvant, l’analyse du juge Rosenberg : *Brown c. Cape Breton (Regional Municipality)*, 2011 NSCA 32, 302 N.S.R. (2d) 84, par. 57-58; *Llewellyn c. Carter*, 2008 PESCAD 12, 278 Nfld. & P.E.I.R. 96, par. 52; *Kennedy*, par. 39; *Davies c. American Home Assurance Co.* (2002), 60 O.R. (3d) 512 (C.S.J.), par. 43-46. De la même manière, dans *R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368, la Cour a fait état de la nécessaire certitude que commandait l’application d’un autre privilège fondamental, celui de l’indicateur de police. Elle expliquait en ces termes pourquoi une détermination au cas par cas du caractère privilégié des informations pertinentes minerait la confiance des bénéficiaires de ce privilège :

La police compte énormément sur ses indicateurs. Compte tenu de sa nature quasi absolue, le privilège incite d’éventuels indicateurs à se manifester, sachant qu’ils bénéficieront d’une certaine garantie contre les représailles. Or, l’adoption d’une règle plus souple qui accorderait aux juges du procès le pouvoir discrétionnaire de décider s’il convient ou non de divulguer l’identité des indicateurs de police priverait ces derniers de cette garantie et minerait leur volonté de collaborer. [Je souligne; par. 30.]

Les mêmes considérations s’appliquent au privilège relatif au litige.

[41] Il convient donc de s’en tenir à identifier, le cas échéant, les exceptions précises au privilège relatif au litige plutôt que de procéder à une mise en balance pour chaque cas. À ce chapitre, dans *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, la Cour a statué que les exceptions au secret professionnel sont toutes applicables au privilège relatif au litige, car le secret professionnel de l’avocat est le « plus important privilège reconnu par les tribunaux » (par. 44). Cela comprend les exceptions relatives à la sécurité publique, à l’innocence de l’accusé et aux communications de nature criminelle (par. 52-59 et 74-86). S’y ajoute l’exception au privilège relatif au litige

for “evidence of the claimant party’s abuse of process or similar blameworthy conduct” (para. 44).

[42] Other exceptions may be identified in the future, but they will always be based on narrow classes that apply in specific circumstances. From this perspective, Aviva is proposing a new exception that is narrower than the balancing exercise being advocated by the syndic and that would apply only in the cases of urgency and of necessity. Unsurprisingly, the syndic says that she agrees with the substance of this exception.

[43] The idea of an exception based on urgency and necessity is of course appealing. It would help compensate for the fact that, even though litigation privilege is temporary, it may sometimes delay access to certain documents that another party urgently needs in order to prevent serious harm. Such an exception would be based on criteria such as the need to obtain evidence to prevent serious harm, the impossibility of obtaining it by other means and the urgency of obtaining it before the [TRANSLATION] “natural” lapsing of the effects of litigation privilege.

[44] This exception would certainly be much narrower than the excessively broad balancing exercise proposed by the syndic. What would be required would be not to ask in each case whether litigation privilege should protect a document whose dominant purpose is preparation for litigation, but to lift the privilege in the rare cases in which a party succeeds in discharging its heavy burden with regard to this exception. Therefore, in a situation similar to the one in this case, it would not be enough for a syndic to simply invoke the need to sanction alleged disciplinary breaches in order to lift the privilege. If that did suffice, such a request would always be sufficient to establish the urgency exception, and that exception would then become the rule. This, in my view, would be improper. To establish the urgency exception in a disciplinary context, the existence of an urgent investigation in which extraordinary harm

reconnue dans *Blank* pour la « divulgation d’éléments de preuve démontrant un abus de procédure ou une conduite répréhensible similaire de la part de la partie qui [. . .] revendique [le privilège relatif au litige] » (par. 44).

[42] D’autres exceptions pourront être reconnues à l’avenir, mais toujours sur la base de catégories restreintes qui s’appliqueront dans des circonstances précises. Dans cette optique, Aviva propose de reconnaître une nouvelle exception plus restreinte que le test de mise en balance sur lequel insiste la syndique, exception qui ne s’appliquerait qu’aux cas d’urgence et de nécessité. Sans surprise, la syndique se dit d’accord avec la teneur de cette exception.

[43] Certes, l’idée d’une exception fondée sur l’urgence et sur la nécessité est intéressante. Elle permettrait de pallier le fait que, même si le privilège relatif au litige est temporaire, il peut parfois retarder l’accès à certains documents dont une autre partie a urgemment besoin pour éviter un préjudice grave. Une telle exception serait basée sur des critères tels que la nécessité d’obtenir la preuve pour éviter un préjudice grave, l’impossibilité de l’obtenir par d’autres moyens, et l’urgence de l’obtenir avant l’extinction « naturelle » des effets du privilège relatif au litige.

[44] Une telle exception serait bien sûr nettement plus restreinte que la trop vaste mise en balance proposée par la syndique. Il ne s’agirait pas de se demander à chaque fois si le privilège relatif au litige doit protéger un document dont l’objet principal est la préparation du litige, mais bien d’écarter ce privilège dans les rares cas où une partie réussirait à se décharger de son lourd fardeau en vertu de cette exception. Ainsi, dans une situation similaire à celle qui nous concerne ici, il ne suffirait pas qu’un syndic invoque simplement la nécessité de sanctionner des fautes disciplinaires alléguées pour écarter le privilège. Si c’était le cas, toute demande du genre satisferait toujours à une exception d’urgence et celle-ci deviendrait alors la règle, ce qui serait à mon avis inopportun. Pour satisfaire à cette exception en contexte disciplinaire, il faudrait plutôt que l’on soit en présence d’une enquête urgente

is apprehended during the period in which litigation privilege applies would instead be needed.

[45] However, the record of this appeal from a declaratory judgment reveals no facts that might be presented as concrete examples of circumstances that could justify the application of such an exception. Because the urgency that is required may vary in nature depending on the legal context of the case and the nature of the relationship between the parties, I consider it preferable to leave the actual adoption of such an exception and a detailed analysis of the conditions for its application for a later date. For now, it would be advisable to limit this discussion to the defined exceptions that have been mentioned above.

(3) Litigation Privilege Can Be Asserted Against Third Parties, Including Third Party Investigators Who Have a Duty of Confidentiality

[46] At the hearing, the syndic submitted, lastly, that in every case, it should not be possible to assert litigation privilege against third parties: it should apply only to parties to the litigation in question. In the case at bar, because the syndic is not a party to any litigation related to the litigation between the insurer and the insured person, that privilege cannot, in her opinion, be asserted against her. This is because of the limited purpose of the privilege, which is intended to facilitate the adversarial process in which the parties alone are involved. In the alternative, the syndic proposes the adoption of an exception to the effect that the privilege cannot be asserted against third party investigators who have a duty of confidentiality.

[47] These arguments are unconvincing. I instead agree with the courts that have held that litigation privilege can be asserted against anyone, including administrative or criminal investigators, not just against the other party to the litigation: *R. v. Kea* (2005), 27 M.V.R. (5th) 182 (Ont. S.C.J.), at paras. 43-44; *D'Anjou v. Lamontagne*, 2014 QCCQ 11999, at paras. 92-93 (CanLII).

[48] There are several reasons that justify this conclusion. The first is that the disclosure of

où l'on appréhende un préjudice extraordinaire pendant la durée de vie du privilège relatif au litige.

[45] Le présent pourvoi, logé à l'encontre d'un jugement déclaratoire, ne révèle cependant pas de faits permettant de donner des exemples concrets de cas qui pourraient donner ouverture à une telle exception. Puisque la nature de l'urgence requise varie en fonction du contexte juridique en cause et de la nature de la relation entre les parties, il me semble préférable de remettre à plus tard l'adoption définitive d'une telle exception et l'analyse détaillée de ses conditions d'application. Pour l'heure, il est prudent de s'en tenir aux exceptions circonscrites déjà énumérées, sans plus.

(3) Le privilège relatif au litige est opposable aux tiers, y compris aux tiers enquêteurs ayant une obligation de confidentialité

[46] À l'audience, la syndique avance enfin que, à tous égards, le privilège relatif au litige ne devrait pas être opposable aux tiers : il ne devrait s'appliquer qu'entre les parties au litige concerné. En l'espèce, puisque la syndique n'est pas partie à un litige connexe à celui qui oppose l'assureur et son assurée, le privilège relatif au litige ne lui serait pas opposable. Il en serait ainsi en raison de l'objet limité du privilège qui vise à faciliter le processus contradictoire dans lequel seules les parties sont impliquées. De façon subsidiaire, la syndique propose l'adoption d'une exception d'inopposabilité à un tiers enquêteur ayant une obligation de confidentialité.

[47] Ces arguments sont peu convaincants. Je partage plutôt l'avis des tribunaux qui ont conclu que le privilège relatif au litige est opposable à tous, y compris à des enquêteurs administratifs ou criminels, et non simplement à l'autre partie au litige : *R. c. Kea* (2005), 27 M.V.R. (5th) 182 (C.S.J. Ont.), par. 43-44; *D'Anjou c. Lamontagne*, 2014 QCCQ 11999, par. 92-93 (CanLII).

[48] Plusieurs raisons justifient de conclure de la sorte. D'abord, la divulgation de documents

otherwise protected documents to third parties who do not have a duty of confidentiality would entail a serious risk for the party who benefits from the protection of litigation privilege. There would be nothing to prevent a third party to whom such documents are disclosed from subsequently disclosing them to the public or to the other party, which could have a serious adverse effect on the conduct of the litigation in question. The documents could then be presented to the court in a manner other than that contemplated by the party protected by the privilege. This is the very kind of harm that litigation privilege is meant to avoid: *Susan Hosiery Ltd.*, at pp. 33-34. Moreover, in *Blank*, which concerned the *Access to Information Act*, this Court held that a provision authorizing the government to invoke solicitor-client privilege could also be used to invoke litigation privilege in order to deny a request for access to information by a third party to the litigation (for example, the media or a member of the public) (para. 4).

[49] There are also cases in which the courts have held that disclosure to a third party of a document covered by litigation privilege could result in a waiver of the privilege as against all: *Rodriguez v. Woloszyn*, 2013 ABQB 269, 554 A.R. 8, at para. 44; *Aherne v. Chang*, 2011 ONSC 3846, 337 D.L.R. (4th) 593, at paras. 12-13. The decisions in those cases are based on the assumption that litigation privilege can be asserted against third parties. To conclude that there are consequences associated with disclosure to third parties, one must first assume that confidentiality in relation to those parties corresponds to a normal application of the privilege.

[50] As for the exception the syndic proposes for third party investigators who have a duty of confidentiality, it is hardly more justifiable. Even where a duty of confidentiality exists, the open court principle applies to proceedings that can be initiated by a syndic (s. 376 *ADFPS* and s. 142 of the *Professional Code*; art. 11 of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01). If, in the case at bar, the syndic had decided to file a complaint with the Chamber's discipline committee, or if she had decided to turn to the common law courts (to obtain, for example, an injunction against the person being investigated,

autrement protégés à des tiers non assujettis à une obligation de confidentialité présente un risque considérable pour la partie bénéficiant du privilège relatif au litige. Rien n'empêche en effet ces tiers de divulguer les documents protégés au public ou à l'autre partie, ce qui pourrait grandement nuire à la conduite du litige concerné. Les documents pourraient alors être présentés au tribunal d'une façon autre que celle voulue par la partie bénéficiant du privilège. C'est le genre de préjudice que le privilège relatif au litige vise justement à éviter : *Susan Hosiery Ltd.*, p. 33-34. D'ailleurs, dans *Blank*, où c'est la *Loi sur l'accès à l'information* qui était en cause, la Cour a conclu qu'une disposition autorisant l'État à invoquer le secret professionnel de l'avocat lui permettait également d'invoquer le privilège relatif au litige pour refuser une demande d'accès à l'information par un tiers au litige (par exemple, les médias ou un membre du public) (par. 4).

[49] Les tribunaux ont également parfois jugé que la divulgation à un tiers d'un document couvert par le privilège relatif au litige pourrait emporter renonciation au privilège à l'égard de tous : *Rodriguez c. Woloszyn*, 2013 ABQB 269, 554 A.R. 8, par. 44; *Aherne c. Chang*, 2011 ONSC 3846, 337 D.L.R. (4th) 593, par. 12-13. Cette jurisprudence repose sur le postulat que le privilège relatif au litige est opposable aux tiers. En effet, reconnaître des conséquences à la divulgation aux tiers suppose que la confidentialité à leur endroit correspond à une application normale du privilège.

[50] Par ailleurs, envisager, comme le propose la syndique, une exception pour les tiers enquêteurs ayant une obligation de confidentialité ne se justifie guère davantage. Même en présence d'une obligation de confidentialité, le principe de la publicité des débats judiciaires s'applique aux procédures susceptibles d'être initiées par un syndic (art. 376 *LDPSF* et art. 142 du *Code des professions*; art. 11 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01). Si, en l'espèce, la syndique avait décidé de déposer une plainte devant le comité de discipline de la Chambre, ou encore de s'adresser aux tribunaux de

as the syndic of the Barreau du Québec did in *Guay v. Gesca ltée*, 2013 QCCA 343, [2013] R.J.Q. 342), it is far from certain, in light of the open court principle, that the documents that would otherwise be protected by litigation privilege would not have had to be disclosed in the course of those proceedings.

[51] In *Basi*, this Court held that informer privilege could not be lifted in favour of defence counsel merely because those counsel were bound by orders and undertakings of confidentiality. In the Court's opinion, "[n]o one outside the circle of privilege may access information over which the privilege has been claimed until a judge has determined that the privilege does not exist or that an exception applies" (para. 44). In that case, the fact that the third parties had duties of confidentiality and the reduced risk of harm did not preclude asserting informer privilege against them.

[52] This reasoning applies with equal force to litigation privilege. It would not be appropriate to exclude third parties from the application of this privilege or to expose the privilege to the uncertainties of disciplinary and legal proceedings that could result in the disclosure of documents that would otherwise be protected. Moreover, even assuming that there is no risk that a syndic's inquiry will result in the disclosure of privileged documents, the possibility of a party's work being used by the syndic in preparing for litigation could discourage that party from writing down what he or she has done. This makes it clear why it must be possible to assert litigation privilege against anyone, including a third party investigator who has a duty of confidentiality and discretion. I am thus of the view that unless such an investigator satisfies the requirements of a recognized exception to the privilege, it must be possible to assert the privilege against him or her.

[53] I would add that any uncertainty in this regard could have a chilling effect on parties preparing for litigation, who may fear that documents otherwise

droit commun (par exemple, pour obtenir une injonction contre la personne sous enquête comme le syndic du Barreau du Québec l'avait fait dans l'arrêt *Guay c. Gesca ltée*, 2013 QCCA 343, [2013] R.J.Q. 342), il est loin d'être acquis que, en raison du principe de la publicité des débats judiciaires, les documents autrement protégés par le privilège relatif au litige n'auraient pas dû être divulgués au cours des procédures.

[51] Dans *Basi*, la Cour a conclu que le privilège de l'indicateur de police ne pouvait être écarté au bénéfice des seuls avocats de la défense du simple fait qu'ils étaient liés par des ordonnances et engagements de confidentialité. De l'avis de la Cour, « [n]ul en dehors du cercle du privilège ne peut accéder aux renseignements à l'égard desquels le privilège est revendiqué tant qu'un juge n'a pas déterminé que le privilège n'existe pas ou qu'une exception s'applique » (par. 44). Dans cette affaire, les obligations de confidentialité des tiers et le risque atténué de préjudice n'ont pas empêché l'opposabilité du privilège de l'indicateur de police à leurs égards.

[52] Ce raisonnement vaut tout autant pour le privilège relatif au litige. Il n'est pas souhaitable d'exclure les tiers de son application ou de l'exposer aux aléas de procédures disciplinaires et judiciaires qui pourraient mener à la divulgation de documents qui seraient autrement protégés. D'ailleurs, même en tenant pour acquis qu'il n'existe aucun risque que l'enquête d'un syndic mène à une divulgation de documents privilégiés, la possibilité que le travail d'une partie soit utilisé par le syndic pendant la préparation du litige pourrait décourager la mise par écrit des efforts de cette partie. Cela démontre bien pourquoi le privilège relatif au litige doit être opposable à tous, y compris au tiers enquêteur ayant une obligation de confidentialité et de discrétion. À moins qu'un tel enquêteur puisse satisfaire à une exception reconnue au privilège, je suis donc d'avis que celui-ci doit pouvoir lui être opposé.

[53] J'ajouterai que laisser planer quelque incertitude à ce chapitre risquerait d'avoir un effet paralysant sur les parties se préparant à un litige en

covered by litigation privilege could be made public. The United States Supreme Court gave a good description of this chilling effect, which litigation privilege (referred to as the “work product doctrine”) is in fact meant to avoid:

Historically, a lawyer is an officer of the court and is bound to work for the advancement of justice while faithfully protecting the rightful interests of his clients. In performing his various duties, however, it is essential that a lawyer work with a certain degree of privacy, free from unnecessary intrusion by opposing parties and their counsel. Proper preparation of a client’s case demands that he assemble information, sift what he considers to be the relevant from the irrelevant facts, prepare his legal theories and plan his strategy without undue and needless interference. That is the historical and the necessary way in which lawyers act within the framework of our system of jurisprudence to promote justice and to protect their clients’ interests. This work is reflected, of course, in interviews, statements, memoranda, correspondence, briefs, mental impressions, personal beliefs, and countless other tangible and intangible ways — aptly though roughly termed by the Circuit Court of Appeals in this case as the “work product of the lawyer.” Were such materials open to opposing counsel on mere demand, much of what is now put down in writing would remain unwritten. An attorney’s thoughts, heretofore inviolate, would not be his own. Inefficiency, unfairness and sharp practices would inevitably develop in the giving of legal advice and in the preparation of cases for trial. The effect on the legal profession would be demoralizing. And the interests of the clients and the cause of justice would be poorly served. [Emphasis added.]

(*Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947), at pp. 510-11)

[54] In short, in the instant case, the courts below were right to hold that the litigation privilege invoked by Aviva could be asserted against the syndic. None of the exceptions to its application justify lifting the privilege in this case. Thus, all that remains to be determined is whether the privilege

raison de la crainte que soient rendus publics des documents autrement couverts par le privilège relatif au litige. La Cour suprême des États-Unis décrivait bien cet effet paralysant que le privilège relatif au litige (appelé doctrine relative au produit du travail de l’avocat (« *work product doctrine* »)) cherche justement à éviter :

[TRADUCTION] Traditionnellement, un avocat est un officier de justice appelé à travailler à l’avancement de la justice tout en protégeant fidèlement les intérêts légitimes de ses clients. Cependant, il est essentiel que, dans l’accomplissement de ses différentes fonctions, celui-ci puisse bénéficier d’un certain degré de confidentialité à l’égard de ses travaux, sans ingérence inutile des parties adverses et de leur avocat. Pour bien préparer la cause de son client, l’avocat doit rassembler des renseignements, dégager ce qu’il estime pertinent parmi les faits non pertinents, préparer ses théories juridiques et planifier sa stratégie sans ingérence indue et inutile. C’est la façon d’agir traditionnelle, et nécessaire, des avocats dans le cadre de notre système de jurisprudence en vue de promouvoir la justice et de protéger les intérêts de leurs clients. Ce travail s’exprime bien sûr par des entrevues, des déclarations, des notes de service, des lettres, des mémoires, des impressions, des croyances personnelles, et d’innombrables autres manières tangibles et intangibles, lesquels sont appelés, avec justesse, mais en termes approximatifs, par la Circuit Court of Appeals en l’espèce le « produit du travail de l’avocat ». Si l’avocat de la partie adverse pouvait consulter ces documents sur simple demande, une grande partie de ce qui est aujourd’hui consigné par écrit demeurerait non écrit. Les pensées d’un avocat, jusqu’alors inviolées, ne lui appartiendraient plus. Les conseils juridiques et la préparation des dossiers pour l’instruction seraient inévitablement marqués au coin de l’inefficacité, de la déloyauté et de la malhonnêteté. Cela serait démoralisant pour la profession juridique. De plus, les intérêts des clients et la cause de la justice seraient mal servis. [Je souligne.]

(*Hickman c. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947), p. 510-511)

[54] Somme toute, en l’espèce, les instances inférieures ont jugé à bon droit que le privilège relatif au litige invoqué par Aviva est opposable à la syndique. Aucune des exceptions à son application ne justifie d’y passer outre ici. Il ne reste donc plus qu’à déterminer si ce privilège peut, comme le plaide

can, as the syndic submits, be lifted by applying the statutory provision — s. 337 *ADFPS* — that is central to the case.

B. *Was It Open to Aviva to Assert Litigation Privilege Against the Syndic in Order to Refuse to Produce the Requested Documents?*

[55] The syndic argues that the rule from *Blood Tribe* on abrogating solicitor-client privilege must not apply to litigation privilege. She submits that a legislature may abrogate litigation privilege by statute without using express language. In her view, the words “any . . . document” in s. 337 *ADFPS* must be interpreted in light of the statute’s purpose, namely the protection of the public, and it must be concluded that litigation privilege cannot be asserted against the syndic, because that would [TRANSLATION] “interfere with” her work by delaying her access to the documents to which it applies.

[56] Because litigation privilege is a common law rule, it will be helpful to reiterate the general principle that applies to legislative departures from such rules. This Court has held that it must be presumed that a legislature does not intend to change existing common law rules in the absence of a clear provision to that effect: *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157, at para. 39; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1077; see also R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at pp. 504-5. Professor Sullivan writes in this regard that “[t]he stability of law is enhanced by rejecting vague or inadvertent change while certainty and fair notice are promoted by requiring legislatures to be clear and explicit about proposed changes” (p. 504).

[57] The Court has therefore imposed strict requirements for the amendment or abrogation of certain fundamental common law rules. For example, in *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, the Court emphasized the need for clear and explicit

la syndique, être mis à l’écart par l’application de la disposition législative au cœur du débat, soit l’art. 337 *LDPSF*.

B. *Aviva pouvait-elle opposer à la syndique le privilège relatif au litige pour refuser de produire les documents demandés?*

[55] La syndique plaide que la règle dégagée dans *Blood Tribe* pour la mise à l’écart du secret professionnel de l’avocat ne doit pas s’appliquer au privilège relatif au litige. Elle avance que ce privilège peut être supprimé par une loi qui n’emploie pas des termes exprès. Il faudrait selon elle interpréter les mots « tout document » de l’art. 337 *LDPSF* à la lumière de l’objet de la loi, soit la protection du public, et conclure que le privilège relatif au litige ne saurait être invoqué contre la syndique, car cela « entraverait » son travail en retardant l’accès aux documents visés.

[56] Comme le privilège relatif au litige est une règle de common law, il convient de rappeler le principe général pour la mise à l’écart législative de telles règles. La jurisprudence veut que l’on doive présumer qu’un législateur n’a pas l’intention de modifier les règles de common law existantes à moins d’une disposition claire à cet effet : *Parry Sound (district), Conseil d’administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157, par. 39; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1077; voir aussi R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6<sup>e</sup> éd. 2014), p. 504-505. La professeure Sullivan rappelle à ce sujet que [TRADUCTION] « [l]a stabilité du droit est accrue par le rejet des modifications vagues ou effectuées par inadvertance alors que la certitude et le principe de l’avertissement raisonnable se trouvent renforcés du fait qu’on oblige les législateurs à s’exprimer en termes clairs et explicites sur les modifications proposées » (p. 504).

[57] La Cour a ainsi imposé des exigences rigoureuses pour la modification ou l’abrogation de certaines règles de common law d’une importance fondamentale. Par exemple, dans *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, la Cour souligne la

language to oust the inherent general jurisdiction of the provincial superior courts (para. 46). The requirement for such language in this context, which originated in English law (*Peacock v. Bell* (1667), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84, at pp. 87-88), is based on the fundamental role played by the inherent jurisdiction of the superior courts in the common law system inherited by Canada.

[58] Similarly, in *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, the Court refused to consider informer privilege to have been abrogated by a provision of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01, finding that it was not “specific” enough (p. 103). In so doing, the Court emphasized the “public order” and “public interest” nature of informer privilege (p. 93). It was the fundamental importance of that privilege that led the Court to require explicit language for its abrogation.

[59] *Blood Tribe*, on which much of the argument in this appeal was focused, was to the same effect. In it, the issue was whether solicitor-client privilege had been abrogated or diluted by a statutory provision that authorized an administrative investigator to compel a person to produce any records the investigator considered necessary to investigate a complaint “in the same manner and to the same extent as a superior court of record” and to “receive and accept any evidence and other information . . . that the [investigator] sees fit, whether or not it is or would be admissible in a court of law” (s. 12 *PIPEDA*, now s. 12.1 (S.C. 2010, c. 23, s. 83)). The Court held that the provision at issue was insufficient to abrogate solicitor-client privilege: “Open-textured language governing production of documents [does] not . . . include solicitor-client documents” (para. 11 (emphasis deleted)). Instead, the legislature must use “clear and explicit language” to abrogate solicitor-client privilege (para. 2). The Court stated that the privilege “cannot be abrogated by inference” and added that any provisions that allow incursions on the privilege must be interpreted restrictively (para. 11).

nécessité de termes clairs et explicites pour écarter la compétence générale inhérente des cours supérieures provinciales (par. 46). L'exigence de ces termes dans ce contexte, issue du droit anglais (*Peacock c. Bell* (1667), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84, p. 87-88), s'appuie sur le rôle fondamental que joue la compétence inhérente des cours supérieures dans le système de common law dont a hérité le Canada.

[58] De même, dans *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, la Cour refuse de considérer le privilège de l'indicateur de police comme écarté par une disposition du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, puisque celle-ci n'est pas assez « explicite » (p. 103). Ce faisant, la Cour insiste sur le caractère « d'ordre public » et « [d]'intérêt public » du privilège de l'indicateur de police (p. 93). C'est l'importance fondamentale de ce privilège qui mène la Cour à exiger des termes explicites pour sa mise à l'écart.

[59] L'arrêt *Blood Tribe*, sur lequel a porté une grande partie des débats dans le cadre de ce pourvoi, s'inscrit dans le même sens. Dans cette affaire, la question à résoudre était celle de savoir si le secret professionnel de l'avocat était levé ou atténué par une disposition législative permettant à un enquêteur administratif d'obliger une personne à produire les documents jugés nécessaires pour l'examen d'une plainte, « de la même façon et dans la même mesure qu'une cour supérieure d'archives », et de « recevoir les éléments de preuve ou les renseignements [. . .] qu'il estime indiqués, indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux » (art. 12 *LPRPDE*, maintenant art. 12.1 (L.C. 2010, c. 23, art. 83)). La Cour conclut que la disposition en cause n'est pas suffisante pour écarter le secret professionnel de l'avocat : « . . . une disposition d'acception large régissant la production de documents ne vise pas les documents protégés par le secret professionnel de l'avocat » (par. 11 (italique omis)). Il faut plutôt des « dispositions claires et explicites » pour que le législateur puisse écarter ce secret (par. 2). La Cour indique que le secret professionnel de l'avocat « ne peut être supprimé par inférence » et précise que toute disposition pouvant porter atteinte à ce secret doit être interprétée restrictivement (par. 11).

[60] To justify these requirements, the Court relied on the unique and foundational importance of solicitor-client privilege, which is “fundamental to the proper functioning of our legal system” (*Blood Tribe*, at para. 9). The Court cited a significant body of case law to the effect that the privilege is a “fundamental policy of the law” (para. 11) that must be “as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance” (para. 10, quoting *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445, at para. 35). The Court also noted that solicitor-client privilege is of paramount importance because it promotes “access to justice”, the “quality of justice” and “[the] free flow of legal advice” (para. 9). What I take from this is that in *Blood Tribe*, the Court held that there is a requirement similar to the one that applies in Quebec under s. 9 of the *Quebec Charter*, which provides that an “express” legislative override is necessary in order to abrogate professional secrecy.

[61] This being said, *Blood Tribe* represents neither a return to the “plain meaning rule” nor an abandonment of the modern approach to statutory interpretation, the goal of which is not to focus solely on the specific words of the provision, but to read the words “in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *Blood Tribe*, at para. 26. First of all, the legislature does not necessarily have to use the term “solicitor-client privilege” in order to abrogate the privilege. An abrogation can be clear, explicit and unequivocal where the legislature uses another expression that can be interpreted as referring unambiguously to the privilege. Next, even where there is a specific reference to solicitor-client privilege, the chosen words must nevertheless be interpreted in order to determine whether there is in fact an abrogation and, if so, to assess its scope. The Court recently applied this modern approach to a statute that expressly abrogated solicitor-client privilege in order to determine its meaning and scope in *Canada (National Revenue) v. Thompson*, 2016 SCC 21, [2016] 1 S.C.R. 381, at paras. 22-34. But in accordance with *Blood Tribe*, unless clear, explicit and

[60] Pour justifier ces exigences, la Cour s’appuie sur l’importance unique et fondamentale du secret professionnel de l’avocat, qui est « essentiel au bon fonctionnement du système de justice » (*Blood Tribe*, par. 9). La Cour renvoie à une abondante jurisprudence voulant que ce secret est un « principe de droit fondamental » (par. 11) qui doit être « aussi absolu que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent » (par. 10, citant *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445, par. 35). La Cour note également que le secret professionnel de l’avocat est capital en ce qu’il favorise « l’accès à la justice », la « qualité de la justice » et « la libre circulation des conseils juridiques » (par. 9). Je retiens que l’arrêt *Blood Tribe* reconnaît ainsi une exigence qui s’apparente à celle qui s’impose en la matière au Québec en raison de l’art. 9 de la *Charte québécoise*, qui exige une dérogation législative « expresse » pour écarter le secret professionnel.

[61] Cela dit, *Blood Tribe* ne représente pas un retour à la « règle du sens ordinaire » (« *plain meaning rule* ») ni une renonciation au recours à la méthode moderne d’interprétation des lois, qui privilégie non pas uniquement ce que le texte révèle précisément, mais plutôt le [TRADUCTION] « contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, son objet et l’intention du législateur » : E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87; *Blood Tribe*, par. 26. D’abord, le législateur ne doit pas forcément utiliser l’expression « secret professionnel » de l’avocat pour le mettre à l’écart. Dans le cadre d’une mise à l’écart qui reste claire, explicite et non équivoque, il pourrait employer une autre expression qui puisse s’interpréter comme référant sans ambiguïté à ce secret. Ensuite, même lorsque l’on constate la présence d’une référence précise au secret professionnel de l’avocat, encore faut-il interpréter les termes choisis pour décider si abrogation il y a et, le cas échéant, en mesurer la portée. Dans *Canada (Revenu national) c. Thompson*, 2016 CSC 21, [2016] 1 R.C.S. 381, par. 22-34, la Cour a récemment appliqué cette approche moderne à une loi abrogeant expressément le secret professionnel de l’avocat afin d’en cerner le sens et la portée. Par contre, conformément à *Blood Tribe*, en l’absence de

unequivocal language has been used to abrogate solicitor-client privilege, it must be concluded that the privilege has not been abrogated.

[62] In the syndic's view, these requirements that must be met in order to override certain rules of fundamental importance should not apply to litigation privilege. She bases this argument on the limited nature of the privilege, which is not absolute and which, in her opinion, requires a balancing of competing harms and interests.

[63] I disagree. The requirements discussed in *Blood Tribe* apply with equal force to litigation privilege. Not only is litigation privilege a class privilege, but it serves an overriding "public interest" as that expression is used in *Bisaillon*. This public interest, as was explained in *Blank*, is "[t]he secure and effective administration of justice according to law" (para. 31). The purpose of litigation privilege is to "ensure the efficacy of the adversarial process" (*Blank*, at para. 27) by maintaining a "protected area to facilitate investigation and preparation of a case for trial by the adversarial advocate" (para. 40, quoting Sharpe, at p. 165). By maintaining a protected area for the preparation of litigation, litigation privilege in its own way promotes "access to justice" and the "quality of justice" (*Blood Tribe*, at para. 9).

[64] There is of course no question that litigation privilege does not have the same status as solicitor-client privilege and that the former is less absolute than the latter. It is also clear that these two privileges, even though they may sometimes apply to the same documents, are conceptually distinct. Nonetheless, like solicitor-client privilege, litigation privilege is "fundamental to the proper functioning of our legal system" (*Blood Tribe*, at para. 9). It is central to the adversarial system that Quebec shares with the other provinces. As a number of courts have already pointed out, the Canadian justice system promotes the search for truth by allowing the parties to put their best cases before the court, thereby enabling the court to reach a decision with the best information possible: *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario*, 2010 ONCA 197, 260 O.A.C. 125, at para. 39; *Slocan Forest Products Ltd. v. Trapper*

termes clairs, explicites et non équivoques prévoyant une mise à l'écart du secret professionnel de l'avocat, on doit conclure qu'il n'est pas levé.

[62] De l'avis de la syndique, ces exigences pour mettre à l'écart certaines règles d'importance fondamentale ne devraient pas s'appliquer au privilège relatif au litige. La syndique se base sur le caractère limité de ce privilège, qui n'est pas absolu et qui serait sujet à une mise en balance des préjudices et intérêts qui s'y opposent.

[63] Je suis en désaccord. Les exigences dont fait état l'arrêt *Blood Tribe* s'appliquent tout autant au privilège relatif au litige. Non seulement ce dernier est-il un privilège générique, mais il sert un « intérêt public » prépondérant au sens de l'arrêt *Bisaillon*. Cet intérêt public, l'arrêt *Blank* en fait état, est « l'administration sûre et efficace de la justice conformément au droit » (par. 31). Le privilège relatif au litige vise à « assurer l'efficacité du processus contradictoire » (*Blank*, par. 27) en maintenant une « zone protégée destinée à faciliter, pour l'avocat, l'enquête et la préparation du dossier en vue de l'instruction contradictoire » (par. 40, citant Sharpe, p. 165). En maintenant une zone protégée aux fins de la préparation des litiges, le privilège relatif au litige favorise à sa manière « l'accès à la justice » et la « qualité de la justice » (*Blood Tribe*, par. 9).

[64] Il est bien sûr indéniable que le privilège relatif au litige n'a pas le même statut que le secret professionnel de l'avocat, et qu'il n'est pas aussi absolu que ce dernier. Il est aussi évident que ces deux privilèges, s'ils peuvent parfois viser les mêmes documents, sont conceptuellement distincts. Il n'en reste pas moins que, comme le secret professionnel de l'avocat, le privilège relatif au litige est « essentiel au bon fonctionnement du système de justice » (*Blood Tribe*, par. 9). Il se situe au cœur du système accusatoire et contradictoire que le Québec partage avec les autres provinces. Comme l'ont déjà noté plusieurs tribunaux, le système de justice canadien favorise la recherche de la vérité en permettant aux parties de présenter les meilleurs arguments au tribunal, mettant ce dernier en position de trancher de la manière la plus éclairée possible : *Penetanguishene Mental Health Centre c. Ontario*, 2010 ONCA 197,

*Enterprises Ltd.*, 2010 BCSC 1494, 100 C.P.C. (6th) 70, at para. 15. The parties' ability to confidently develop strategies knowing that they cannot be compelled to disclose them is essential to the effectiveness of this process. In Quebec, as in the rest of the country, litigation privilege is therefore inextricably linked to certain founding values and is of fundamental importance. That is a sufficient basis for concluding that litigation privilege, like solicitor-client privilege, cannot be abrogated by inference and that clear, explicit and unequivocal language is required in order to lift it.

[65] This conclusion is consistent with a robust line of authority. Like the Quebec Court of Appeal in the instant case, the Alberta Court of Appeal has also held that a party should not be denied the right to claim litigation privilege without "clear and explicit legislative language to that effect": *TransAlta Corp. v. Market Surveillance Administrator*, 2014 ABCA 196, 577 A.R. 32, at para. 36. As well, the Federal Court has applied the principles from *Blood Tribe* to litigation privilege in two cases: *Privacy Commissioner of Canada v. Air Canada*, 2010 FC 429, at paras. 14 and 30-37 (CanLII); *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Privacy Commissioner of Canada*, 2010 FC 736, at para. 115 (CanLII).

[66] In the case at bar, s. 337 *ADFPS*, on which the syndic is relying, merely authorizes a request for the production of "any . . . document" without further precision. This is what the Court characterized in *Blood Tribe* as a "general production provision that does not specifically indicate that the production must include records for which . . . privilege is claimed" (para. 21). In fact, s. 337 *ADFPS* is even less specific than the provisions at issue in *Blood Tribe*, which empowered the investigator to obtain all the evidence he or she wished to obtain, "whether or not it is or would be admissible in a court of law" and "in the same manner and to the same extent as a superior court of record" (s. 12 *PIPEDA*, now s. 12.1).

260 O.A.C. 125, par. 39; *Slocan Forest Products Ltd. c. Trapper Enterprises Ltd.*, 2010 BCSC 1494, 100 C.P.C. (6th) 70, par. 15. La capacité des parties d'élaborer leur stratégie en toute confiance et à l'abri d'une divulgation forcée est une condition *sine qua non* de l'efficacité de ce processus. Au Québec comme ailleurs au pays, le privilège relatif au litige est donc inextricablement lié à des valeurs fondatrices et revêt une importance fondamentale. Cela suffit pour conclure que, comme le secret professionnel de l'avocat, il ne peut être supprimé par inférence et que des termes clairs, explicites et non équivoques sont nécessaires pour l'écarter.

[65] Cette conclusion est conforme à un solide courant de jurisprudence. En plus de la Cour d'appel du Québec en l'espèce, la Cour d'appel de l'Alberta a elle aussi conclu qu'une partie ne devrait pas être privée du droit de revendiquer le privilège relatif au litige sans [TRADUCTION] « qu'un texte législatif clair et explicite ne le prévoit » : *TransAlta Corp. c. Market Surveillance Administrator*, 2014 ABCA 196, 577 A.R. 32, par. 36. Dans deux décisions, la Cour fédérale a également appliqué les principes issus de l'arrêt *Blood Tribe* au privilège relatif au litige : *Commissaire à la protection de la vie privée du Canada c. Air Canada*, 2010 CF 429, par. 14 et 30-37 (CanLII); *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. c. Commissaire à la protection de la vie privée du Canada*, 2010 CF 736, par. 115 (CanLII).

[66] En l'espèce, l'art. 337 *LDPSF* sur lequel s'appuie la syndique n'autorise que la demande de communication de « tout document », sans plus. Il s'agit de ce que la Cour a qualifié dans *Blood Tribe* de « disposition générale relative à la production de documents qui ne précise pas clairement qu'elle s'applique aux documents à l'égard desquels est invoqué le privilège » (par. 21). En fait, l'art. 337 *LDPSF* est encore moins précis que les dispositions en cause dans *Blood Tribe*, qui permettaient à l'enquêteur d'obtenir tous les documents voulus « indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux » et « de la même façon et dans la même mesure qu'une cour supérieure d'archives » (art. 12 *LPRPDE*, maintenant art. 12.1).

[67] A provision that merely refers to the production of “any . . . document” does not contain sufficiently clear, explicit and unequivocal language to abrogate litigation privilege. There are a number of statutes that provide for the disclosure or production of “any . . . document” without further precision. As the intervener Advocates’ Society points out, Quebec’s *Code of Civil Procedure* does so, as do the rules of civil procedure of several other provinces. Some courts have held in the past that rules of civil procedure providing for the disclosure of documents in very general terms did not contain the language that would be required in order to abrogate litigation privilege: *Louch v. Decicco*, 2007 BCSC 393, 39 C.P.C. (6th) 8, at para. 63; *Ward v. Pasternak*, 2015 BCSC 1190, at paras. 37-38 (CanLII). The same conclusion applies in the instant case.

C. *Collateral Issue: The Professional Code and Litigation Privilege*

[68] I must address one final point. In response to certain comments made in the Court of Appeal’s reasons, the Barreau du Québec has intervened in this Court to raise a collateral issue with respect to the scope of s. 192 of the *Professional Code*, as amended in 1994. That section explicitly abrogates professional secrecy in the context of a disciplinary inquiry, but does not refer to the assertion of litigation privilege by a professional in such a context. In its reasons, the Court of Appeal made two references to s. 192 (at paras. 23 and 30) to illustrate a situation in which the legislature has expressly abrogated professional secrecy, which it has not done in s. 337 *ADFPS*.

[69] Wishing to clear up any ambiguity concerning the scope of those comments, the Barreau submits that s. 192 should be read as abrogating not only professional secrecy, but also litigation privilege, even though it does not actually mention the latter. The Barreau relies on *Blank*, in which this Court held that the protection afforded to solicitor-client privilege by s. 23 of the *Access to Information Act*, which did not mention litigation privilege, also applied to the latter privilege.

[67] Une disposition qui traite simplement de la communication de « tout document » ne contient pas de termes suffisamment clairs, explicites et non équivoques pour écarter le privilège relatif au litige. Plusieurs lois prévoient la communication ou la production de « tout document » sans plus de précision. Comme l’indique l’intervenante Advocates’ Society, le *Code de procédure civile* du Québec le fait, tout comme les règles de procédure civile de plusieurs autres provinces. Certains tribunaux ont déjà conclu que des règles de procédure civile prévoyant la communication de documents en des termes très généraux ne contiennent pas le langage requis pour mettre à l’écart le privilège relatif au litige : *Louch c. Decicco*, 2007 BCSC 393, 39 C.P.C. (6th) 8, par. 63; *Ward c. Pasternak*, 2015 BCSC 1190, par. 37-38 (CanLII). Cette conclusion s’impose en l’espèce.

C. *Une question incidente : le Code des professions et le privilège relatif au litige*

[68] Je dois aborder un dernier point. À la suite de certains propos contenus dans l’arrêt de la Cour d’appel, le Barreau du Québec est intervenu devant nous pour soulever une question incidente sur la portée de l’art. 192 du *Code des professions*, dont la modification remonte à 1994. Cette disposition écarte nommément le secret professionnel lors d’une enquête disciplinaire, mais ne mentionne pas le privilège relatif au litige que pourrait invoquer le professionnel sous enquête. Dans ses motifs, la Cour d’appel réfère à cet article à deux endroits (par. 23 et 30) pour illustrer une situation où le législateur écarte expressément le secret professionnel de l’avocat, ce que ne fait pas l’art. 337 *LDPSF*.

[69] Soucieux de dissiper toute ambiguïté quant à la portée de ces propos, le Barreau soutient que l’art. 192 devrait être lu comme écartant non seulement le secret professionnel, mais également le privilège relatif au litige, et ce, bien que cette disposition n’en fasse pas mention. Le Barreau invoque à l’appui l’arrêt *Blank*, où la Cour a considéré que la protection offerte au secret professionnel de l’avocat par l’art. 23 de la *Loi sur l’accès à l’information*, disposition par ailleurs muette sur le privilège relatif au litige, s’étendait à ce dernier privilège.

[70] Although I am mindful of the concerns expressed by the Barreau, I am of the opinion that it would not be appropriate for the Court to rule on this issue at this time without full argument in an adversarial context by all parties who might have an interest in it.

#### VI. Disposition

[71] Litigation privilege is a class privilege that is distinct from solicitor-client privilege and is subject to certain defined exceptions that do not apply in this case. Given the absence of clear, explicit and unequivocal language in the *ADFPS* providing for the abrogation of this privilege, it may be asserted against the syndic, and the Superior Court and Court of Appeal were right to reach this conclusion. I would accordingly dismiss the appeal with costs to Aviva.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Mercier Leduc, Montréal.*

*Solicitors for the respondents: Stikeman Elliott, Montréal.*

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

*Solicitors for the intervener the Advocates' Society: Irving Mitchell Kalichman, Montréal.*

*Solicitors for the intervener Barreau du Québec: Langlois lawyers, Québec.*

[70] Bien que je sois conscient des préoccupations exprimées par le Barreau, j'estime que la Cour n'a pas à trancher définitivement cette question ici en l'absence de débat contradictoire complet impliquant toutes les parties potentiellement intéressées sur le sujet.

#### VI. Dispositif

[71] Le privilège relatif au litige est un privilège générique, distinct du secret professionnel de l'avocat, et sujet à quelques exceptions circonscrites qui ne s'appliquent pas ici. En l'absence de termes clairs, explicites et non équivoques dans le libellé de la *LDPSF* prévoyant sa mise à l'écart, ce privilège est opposable à la syndique, et la Cour supérieure ainsi que la Cour d'appel ont eu raison de conclure en ce sens. Je suis par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi, avec dépens en faveur d'Aviva.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante : Mercier Leduc, Montréal.*

*Procureurs des intimées : Stikeman Elliott, Montréal.*

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

*Procureurs de l'intervenante Advocates' Society : Irving Mitchell Kalichman, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant le Barreau du Québec : Langlois avocats, Québec.*

**Information and Privacy Commissioner  
of Alberta** *Appellant*

v.

**Board of Governors of the University  
of Calgary** *Respondent*

and

**Law Society of Alberta, British Columbia  
Freedom of Information and  
Privacy Association, Information and Privacy  
Commissioner of Ontario, Information and  
Privacy Commissioner for British Columbia,  
Information and Privacy Commissioner  
for the Province of Newfoundland  
and Labrador, Advocates' Society,  
Federation of Law Societies of Canada,  
Canadian Bar Association,  
Information Commissioner of Canada,  
Privacy Commissioner of Canada,  
Manitoba Ombudsman, Northwest Territories  
Information and Privacy Commissioner,  
Nova Scotia Information and  
Privacy Commissioner [Review Officer],  
Nunavut Information and  
Privacy Commissioner,  
Saskatchewan Information and  
Privacy Commissioner,  
Yukon Ombudsman and Information  
and Privacy Commissioner and  
Criminal Lawyers' Association** *Interveners*

**INDEXED AS: ALBERTA (INFORMATION AND PRIVACY  
COMMISSIONER) v. UNIVERSITY OF CALGARY**

**2016 SCC 53**

File No.: 36460.

2016: April 1; 2016: November 25.

Present: Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis,  
Wagner, Gascon and Côté JJ.

**Information and Privacy Commissioner  
of Alberta** *Appelante*

c.

**Board of Governors of the University  
of Calgary** *Intimé*

et

**Law Society of Alberta, British Columbia  
Freedom of Information and  
Privacy Association, Commissaire à  
l'information et à la protection de la vie  
privée de l'Ontario, Information and Privacy  
Commissioner for British Columbia,  
Information and Privacy Commissioner for  
the Province of Newfoundland and Labrador,  
Advocates' Society, Fédération des ordres  
professionnels de juristes du Canada,  
Association du Barreau canadien,  
Commissaire à l'information du Canada,  
Commissaire à la protection de la vie privée  
du Canada, Ombudsman du Manitoba,  
Commissaire à l'information et à la  
protection de la vie privée des Territoires du  
Nord-Ouest, Nova Scotia Information and  
Privacy Commissioner [Review Officer],  
Commissaire à l'information et à  
la protection de la vie privée du Nunavut,  
Saskatchewan Information and  
Privacy Commissioner, Commissaire à  
l'information et à la protection de la vie  
privée et ombudsman du Yukon et Criminal  
Lawyers' Association** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ALBERTA (INFORMATION AND PRI-  
VACY COMMISSIONER) c. UNIVERSITY OF CALGARY**

**2016 CSC 53**

N° du greffe : 36460.

2016 : 1<sup>er</sup> avril; 2016 : 25 novembre.

Présents : Les juges Abella, Cromwell, Moldaver,  
Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté.

## ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Privacy — Investigation of complaints — Powers of Information and Privacy Commissioner — Production of documents — Solicitor-client privilege — Dismissed employee filing complaint with Commissioner and seeking access to her personal employment information — Employer claiming solicitor-client privilege over some documents — Whether statutory provision which requires public body to produce records to Commissioner “[d]espite . . . any privilege of the law of evidence” allows Commissioner to review documents over which solicitor-client privilege is claimed — If so, whether Commissioner made reviewable error by ordering production of documents — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.A. 2000, c. F-25, s. 56(3).*

*Administrative law — Judicial review — Standard of review — Information and Privacy Commissioner — Standard of review applicable to Commissioner’s decision to compel production of records over which solicitor-client privilege is asserted — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.A. 2000, c. F-25, s. 56(3).*

In the context of a constructive dismissal claim, a delegate of the Information and Privacy Commissioner of Alberta ordered the production of records over which the University of Calgary had claimed solicitor-client privilege. The delegate was acting in accordance with the Office of the Commissioner’s “Solicitor-Client Privilege Adjudication Protocol”, which required the provision of a copy of “the records at issue” or two copies of “an affidavit or unsworn evidence verifying solicitor-client privilege over the records” to substantiate the claim of solicitor-client privilege. In compliance with the law and the practice regarding identification of solicitor-client privileged documents in civil litigation in Alberta at that time, the University provided a list of documents identified by page numbers, along with a sworn affidavit indicating solicitor-client privilege had been asserted over the records.

After a further request to substantiate the claim of privilege, the delegate issued a Notice to Produce Records under s. 56(3) of the *Freedom of Information and*

## EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ALBERTA

*Protection des renseignements personnels — Examen des plaintes — Pouvoirs du commissaire à l’information et à la protection de la vie privée — Production de documents — Secret professionnel de l’avocat — Commissaire saisie de la plainte d’une employée congédiée et de sa demande d’accès à ses données personnelles d’emploi — Secret professionnel de l’avocat invoqué par l’employeur à l’égard de certains documents — La disposition législative qui oblige un organisme public à produire des documents à l’intention du commissaire « [m]algré [. . .] tout privilège que reconnaît le droit de la preuve » permet-elle à ce dernier d’examiner les documents à l’égard desquels est invoqué le secret professionnel de l’avocat? — Dans l’affirmative, la Commissaire a-t-elle commis une erreur susceptible de contrôle en ordonnant la production de documents? — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.A. 2000, c. F-25, art. 56(3).*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Commissaire à l’information et à la protection de la vie privée — Norme de contrôle applicable à la décision de la Commissaire d’ordonner la production de documents à l’égard desquels est invoqué le secret professionnel de l’avocat — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.A. 2000, c. F-25, art. 56(3).*

Dans le contexte d’une allégation de congédiement déguisé, un délégué de la Commissaire à l’information et à la protection de la vie privée de l’Alberta a ordonné la production de documents à l’égard desquels l’Université de Calgary avait invoqué le secret professionnel de l’avocat. Le délégué s’autorisait du « Protocole décisionnel applicable à l’égard du secret professionnel de l’avocat » du Commissariat qui exigeait la remise d’une copie « des documents en cause » ou de deux copies « d’un affidavit ou d’une simple déclaration confirmant que le secret professionnel de l’avocat s’applique aux documents » à l’appui de l’allégation du secret professionnel de l’avocat. Conformément au droit et à la pratique qui avaient alors cours en Alberta pour identifier un document protégé par le secret professionnel de l’avocat dans une instance civile, l’Université a remis une liste de documents identifiés par le numéro des pages en cause, ainsi qu’un affidavit selon lequel le secret professionnel de l’avocat était invoqué relativement à ces documents.

Après une nouvelle demande d’étayer l’allégation du privilège, le délégué a donné un avis de production de documents fondé sur le par. 56(3) de la *Freedom of*

*Protection of Privacy Act* (“*FOIPP*”). Under that section, a public body must produce required records to the Commissioner “[d]espite . . . any privilege of the law of evidence”. The University sought judicial review of the delegate’s decision to issue the Notice. On judicial review, the Commissioner’s decision was upheld, but on appeal, it was found that “any privilege of the law of evidence”, as used in s. 56(3), did not refer to solicitor-client privilege.

*Held*: The appeal should be dismissed.

*Per* Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ.: Whether s. 56(3) of *FOIPP* allows the review of documents over which solicitor-client privilege is claimed is a question of central importance to the legal system as a whole and outside the Commissioner’s specialized area of expertise. The question of what statutory language is sufficient to authorize administrative tribunals to infringe solicitor-client privilege is one that has potentially wide implications on other statutes. Therefore, the applicable standard of review is correctness for both (i) the decision that the Commissioner has the authority to require the production of records over which solicitor-client privilege is asserted, and (ii) the decision to issue the Notice to Produce Records.

The expression “any privilege of the law of evidence” does not require a public body to produce to the Commissioner documents over which solicitor-client privilege is claimed. Solicitor-client privilege is no longer merely a privilege of the law of evidence, but a substantive right that is fundamental to the proper functioning of our legal system. The disclosure of documents pursuant to a statutorily established access to information regime, separate from a judicial proceeding, engages solicitor-client privilege in its substantive, rather than evidentiary, context. To give effect to solicitor-client privilege as a fundamental policy of the law, legislative language purporting to abrogate it, set it aside or infringe it must be interpreted restrictively and must demonstrate a clear and unambiguous legislative intent to do so. Section 56(3) does not meet this standard and therefore fails to evince clear and unambiguous legislative intent to set aside solicitor-client privilege. This interpretive approach is not a renunciation of the modern approach to statutory interpretation, but recognizes legislative respect for fundamental values.

*Information and Protection of Privacy Act* (« *FOIPP* »). Suivant cette disposition, un organisme public est tenu de produire les documents exigés par le commissaire « [m]algré [. . .] tout privilège que reconnaît le droit de la preuve ». L’Université a demandé le contrôle judiciaire de la décision du délégué de donner l’avis, mais elle n’a pas eu gain de cause. Toutefois, en appel, il a été décidé que l’expression « tout privilège que reconnaît le droit de la preuve » employée au par. 56(3) n’englobait pas le secret professionnel de l’avocat.

*Arrêt* : Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté : La question de savoir si le par. 56(3) de la *FOIPP* permet l’examen d’un document à l’égard duquel est invoqué le secret professionnel de l’avocat est d’importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et elle se situe en dehors du domaine d’expertise du commissaire. Décider qu’un libellé législatif est suffisant ou non pour autoriser un tribunal administratif à porter atteinte au secret professionnel de l’avocat est susceptible d’avoir de grandes répercussions sur d’autres régimes législatifs. La norme de contrôle applicable est donc celle de la décision correcte en ce qui a trait tant à (i) la décision du commissaire selon laquelle il possède le pouvoir d’exiger la production des documents à l’égard desquels le secret professionnel de l’avocat est invoqué qu’à (ii) celle de donner un avis enjoignant à son destinataire de produire des documents.

L’expression « tout privilège que reconnaît le droit de la preuve » n’oblige pas un organisme public à communiquer au commissaire un document à l’égard duquel est invoqué le secret professionnel de l’avocat. Le secret professionnel de l’avocat n’est plus seulement un privilège du droit de la preuve, mais constitue un droit substantiel qui est essentiel au bon fonctionnement de notre système de justice. La communication de documents en application d’un régime d’accès à l’information établi par une loi, indépendamment d’une instance judiciaire, met en jeu le secret professionnel de l’avocat sur le plan du fond plutôt que sur celui de la preuve. Si le secret professionnel de l’avocat constitue un principe fondamental du droit, la disposition législative dont l’objet est de le supprimer, de l’écarter ou d’y porter atteinte doit être interprétée de manière restrictive et l’intention du législateur doit y être claire et non équivoque. Le paragraphe 56(3) ne satisfait pas à cette exigence et ne traduit donc pas l’intention claire et non équivoque du législateur d’écarter le secret professionnel de l’avocat. Cette conclusion ne constitue pas un abandon de la méthode moderne d’interprétation des lois, mais reconnaît le respect des valeurs fondamentales par le législateur.

Reading s. 56(3) in the context of the statute as a whole supports the conclusion that the legislature did not intend to set aside solicitor-client privilege. First, s. 27(1) of *FOIPP* unequivocally establishes that a public body may refuse to disclose “information that is subject to any type of legal privilege, including solicitor-client privilege”. Second, this interpretation is coherent. “[P]rivilege of the law of evidence”, as referenced in s. 56(3), are a narrower category falling within the scope of the broader category of “legal privilege”, as laid out in s. 27(1). Read together, therefore, these two sections provide that a public body can refuse to disclose documents subject to any “legal privilege”, while the Commissioner can obtain production of those documents over which a “privilege of the law of evidence” is asserted in order to adjudicate the claims of privilege. Third, given its fundamental importance, one would expect that if the legislature had intended to set aside solicitor-client privilege, it would have legislated safeguards to ensure that solicitor-client privileged documents are not disclosed in a manner that compromises the substantive right or addressed whether disclosure of solicitor-client privileged documents to the Commissioner constitutes a waiver of privilege with respect to any other person.

Lastly, even if the language of s. 56(3) did clearly evince legislative intent to set aside solicitor-client privilege, this was not an appropriate case in which to order production to the Commissioner. Although the delegate found that it was necessary to review the records because the University failed to present evidence of its claim of solicitor-client privilege as required by the Protocol, the Protocol is not law. Rather, it is a guide established by the Commissioner to assist adjudicators and public bodies. At the time, the prevailing authority in Alberta in civil litigation allowed a party to bundle and identify solicitor-client privileged documents by document numbers, and no evidence or argument was made to suggest that solicitor-client privilege had been falsely claimed by the University. In these circumstances, the delegate erred in concluding that the claim needed to be reviewed to fairly decide the issue.

*Per Cromwell J.:* The express language and the full context of s. 56(3) of the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* demonstrate that the legislature intended to abrogate solicitor-client privilege to the extent of permitting the Commissioner to order production

L'interprétation du par. 56(3) dans le contexte global de la loi confirme que le législateur n'a pas voulu écarter le secret professionnel de l'avocat. Premièrement, le par. 27(1) de la *FOIPP* établit sans conteste qu'un organisme public peut refuser de communiquer des « renseignements qui sont protégés par tout type de privilège légal, notamment le secret professionnel de l'avocat ». Deuxièmement, il s'agit d'une interprétation cohérente. Le « privilège que reconnaît le droit de la preuve » et auquel renvoie le par. 56(3) est une sous-catégorie de « privilège légal » dont fait mention le par. 27(1). Interprétées de pair, les deux dispositions font en sorte qu'un organisme public peut refuser de communiquer un document qui fait l'objet d'un « privilège légal », alors que le commissaire peut obtenir un document à l'égard duquel est invoqué un « privilège que reconnaît le droit de la preuve » afin de se prononcer sur le bien-fondé de la revendication. Troisièmement, étant donné l'importance fondamentale du secret professionnel de l'avocat, si le législateur avait voulu l'écarter, il aurait établi certaines sauvegardes afin de faire en sorte que la communication de documents protégés par le secret professionnel de l'avocat n'intervienne pas de manière préjudiciable au droit substantiel ou il aurait précisé que la communication au commissaire d'un document protégé par le secret professionnel de l'avocat emporte ou non renonciation au privilège.

Enfin, même si le par. 56(3) traduisait clairement l'intention du législateur d'écarter le secret professionnel de l'avocat, il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire qui se prête à une ordonnance de communication. Même si le délégué a conclu qu'il devait examiner les documents parce que l'Université n'avait pas établi l'application du secret professionnel de l'avocat comme l'exigeait le Protocole, celui-ci ne constitue pas une règle de droit. Il s'agit plutôt d'un guide conçu par le Commissariat à l'intention des décideurs et des organismes publics. Le courant alors dominant dans les instances civiles albertaines permettait à une partie de regrouper les documents protégés par le secret professionnel de l'avocat et de les identifier au moyen de numéros, et aucun élément de preuve ni aucun argument selon lequel l'Université avait invoqué sans droit le secret professionnel de l'avocat n'avait été présenté. Dans ces circonstances, le délégué a eu tort de conclure qu'il lui fallait examiner les documents pour se prononcer en toute justice sur l'existence du privilège.

*Le juge Cromwell :* Il appert du libellé exprès du par. 56(3) de la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* et de la totalité du contexte dans lequel il s'inscrit que le législateur a voulu supprimer le secret professionnel de l'avocat pour permettre au commissaire

of records over which solicitor-client privilege is asserted when necessary to adjudicate the validity of that claim. Section 56(3) explicitly grants that authority “[d]espite . . . any privilege of the law of evidence”, and to hold that solicitor-client privilege is a legal privilege but not a “privilege of the law of evidence” in *FOIPP* is not justified.

The grammatical and ordinary meaning of the words “any privilege of the law of evidence” in s. 56(3) includes solicitor-client privilege. Solicitor-client privilege is both an evidentiary privilege and a substantive principle, but, as the University is seeking immunity from forced production by virtue of the Commissioner’s statutory powers, the evidentiary privilege is at issue here. The fact that s. 27(1) of *FOIPP* specifically includes the words “solicitor-client privilege” does not detract from this interpretation of s. 56(3) because these provisions perform different functions. Section 27(1) sets out a number of grounds upon which a public body can refuse to order disclosure, whereas s. 56 provides what the Commissioner can and cannot do in the context of conducting an inquiry. Nothing in either section can be read as saying that the Commissioner is prevented from ordering the production of documents subject to a claim of solicitor-client privilege in the context of answering all questions of law and fact that arise in the course of an inquiry.

This interpretation is also supported by a number of contextual factors. First, the statutory scheme unambiguously supports the view that the legislature intended the Commissioner to have the powers required to decide whether or not records should be produced by a public body — including ruling on claims of privilege — subject to judicial review of the exercise of those powers. Specifically, *FOIPP* provides a detailed, self-contained process for the disclosure of information to an applicant, and the Commissioner would not be able to fulfill this statutory mandate without the power to review a claim of solicitor-client privilege.

Second, none of the factors that weigh against a finding that a statute abrogates solicitor-client privilege are in play here: the Commissioner has adjudicative powers; the Commissioner does not appear on behalf of the complainant; and the language used in s. 56(3) is not open-textured

d’ordonner la production de documents lorsque cette mesure est nécessaire pour se prononcer sur l’application du secret professionnel de l’avocat invoqué à leur égard. Le paragraphe 56(3) confère explicitement ce pouvoir « [m]algré [. . .] tout privilège que reconnaît le droit de la preuve », et la conclusion selon laquelle, pour l’application de la *FOIPP*, le secret professionnel de l’avocat constitue un privilège légal, mais non un « privilège que reconnaît le droit de la preuve », n’est pas justifiée.

Suivant leur sens ordinaire et grammatical, les mots « tout privilège que reconnaît le droit de la preuve » employés au par. 56(3) englobent le secret professionnel de l’avocat, lequel constitue à la fois un privilège en matière de preuve et un principe de fond. Mais comme l’Université demande qu’on la soustraie à l’obligation de produire les documents exigés par la Commissaire en vertu de ses pouvoirs légaux, c’est le privilège en matière de preuve qui est en cause en l’espèce. Le fait que le par. 27(1) de la *FOIPP* renvoie précisément au « secret professionnel de l’avocat » n’affaiblit en rien cette interprétation du par. 56(3) car les deux dispositions remplissent des fonctions différentes. Le paragraphe 27(1) énumère un certain nombre de motifs pour lesquels un organisme public peut refuser la communication, alors que l’art. 56 précise ce que le commissaire peut faire et ce qu’il ne peut pas faire dans le cadre d’une enquête. Aucun des éléments de ces dispositions ne permet de conclure qu’il ne peut ordonner la production de documents qui seraient protégés par le secret professionnel de l’avocat lorsqu’il s’agit de résoudre les questions de droit et de fait qui se posent dans le cadre d’une enquête.

Cette interprétation est également étayée par un certain nombre d’éléments contextuels. D’abord, le régime législatif appuie sans équivoque la thèse selon laquelle le législateur a voulu conférer au commissaire les pouvoirs nécessaires pour décider si des documents doivent ou non être produits par un organisme public, notamment celui de statuer sur l’existence d’un privilège, sous réserve du contrôle judiciaire de l’exercice de ces pouvoirs. Plus particulièrement, la *FOIPP* établit une procédure détaillée et autonome de communication de renseignements à une personne et, sans le pouvoir de se prononcer sur l’application du secret professionnel de l’avocat, le commissaire ne serait pas en mesure de s’acquitter de son mandat légal.

Deuxièmement, aucun des éléments qui militent contre la suppression législative du secret professionnel de l’avocat n’est présent en l’espèce : le commissaire possède un pouvoir juridictionnel, il ne comparait pas au nom du plaignant et le texte du par. 56(3) ne saurait constituer une

language governing production of documents. On the contrary, s. 56(3) expressly provides that the power to order production applies notwithstanding any privilege of the law of evidence.

Finally, the debates leading up to the enactment of the first version of *FOIPP* support an interpretation of s. 56(3) as abrogating solicitor-client privilege, as does the fact that the same expression in the parallel British Columbia legislation clearly includes solicitor-client privilege.

Even though the Commissioner has the authority to compel production for review of records over which solicitor-client privilege is asserted and assuming, without deciding, that the correctness standard of review applies, she made a reviewable error to order production in the face of the evidence submitted in relation to the claim of privilege. The University's claim of privilege complied with the requirements of Alberta civil litigation practice at the time, and it was a reviewable error for the Commissioner's delegate to impose a more onerous standard on the University in relation to its assertion of privilege than that applicable in civil litigation before the courts. The evidence filed with the Commissioner clearly asserts that the documents are communications between solicitor and client which entails the seeking or giving of legal advice, and which is intended to be confidential by the parties.

*Per* Abella J.: The standard of review in this case should be reasonableness in accordance with this Court's jurisprudence reviewing decisions of Information and Privacy Commissioners, including decisions involving solicitor-client privilege. The question in this case does not fall within any of the categories which attract correctness review under *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190. On the contrary, the Commissioner is interpreting her home statute, which includes the express mandate to consider the application of solicitor-client privilege. This is classic "reasonableness review" territory.

But the Commissioner's decision to order disclosure was unreasonable. The Commissioner should have exercised her discretion in a manner that interfered with solicitor-client privilege only to the extent absolutely necessary to achieve the ends sought by her enabling

disposition d'acception large régissant la production de documents. Au contraire, le par. 56(3) prévoit expressément que le pouvoir d'ordonner la production s'applique malgré tout privilège que reconnaît le droit de la preuve.

Enfin, les débats qui ont précédé l'adoption de la première ébauche de la *FOIPP* étaient plus avant l'interprétation voulant que le par. 56(3) supprime le secret professionnel de l'avocat, tout comme le fait que la même expression employée dans une disposition apparentée de la Colombie-Britannique vise clairement le secret professionnel de l'avocat.

Même si la Commissaire est investie du pouvoir d'ordonner la production en vue de son examen d'un document à l'égard duquel est invoqué le secret professionnel de l'avocat, et en tenant pour acquis (sans statuer en ce sens) que la norme de la décision correcte s'applique, la Commissaire a commis une erreur susceptible de contrôle en ordonnant la production des documents malgré la preuve offerte à l'appui de l'existence du privilège. L'allégation du privilège par l'Université respectait les exigences des règles de pratique qui valaient alors en matière civile en Alberta, et le délégué de la Commissaire a commis une erreur susceptible de contrôle en soumettant l'Université à une norme plus stricte que celle applicable dans un litige civil devant une cour de justice pour établir l'existence du privilège invoqué. La preuve offerte à la Commissaire indique clairement que les documents constituent des communications entre un avocat et son client, que celles-ci visaient l'obtention ou la formulation d'un avis juridique et que les parties ont voulu qu'elles demeurent confidentielles.

*La juge* Abella : La norme de contrôle applicable en l'espèce devrait être celle de la décision raisonnable, conformément aux arrêts de la Cour relatifs à des décisions de commissaires à l'information et à la protection de la vie privée, y compris sur l'application du secret professionnel de l'avocat. La question soulevée dans la présente affaire ne fait pas partie de celles qui, suivant l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, emportent l'assujettissement à la norme de la décision correcte. Au contraire, la Commissaire interprète sa propre loi habilitante, qui lui confère expressément le mandat de se prononcer sur l'application du secret professionnel de l'avocat. Il s'agit du territoire classique de la « raisonabilité ».

Toutefois, la décision d'ordonner la communication était déraisonnable. La Commissaire n'aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire de manière attentatoire au secret professionnel de l'avocat que si cela était absolument nécessaire à la réalisation des objectifs de sa loi

legislation. In ordering disclosure, she did not sufficiently take into account the fact that the University provided adequate justification for solicitor-client privilege, particularly in light of the laws and practices applicable in the civil litigation context in Alberta.

### Cases Cited

By Côté J.

**Applied:** *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **referred to:** *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *Canada (National Revenue) v. Thompson*, 2016 SCC 21, [2016] 1 S.C.R. 381; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *Legal Services Society v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2003 BCCA 278, 226 D.L.R. (4th) 20; *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *Canada (Attorney General) v. Chambre des notaires du Québec*, 2016 SCC 20, [2016] 1 S.C.R. 336; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Maranda v. Richer*, 2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, 2006 SCC 31, [2006] 2 S.C.R. 32; *R. v. Brown*, 2002 SCC 32, [2002] 2 S.C.R. 185; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *R. v. Barnier*, [1980] 1 S.C.R. 1124; *Ansell Canada Inc. v. Ions World Corp.* (1998), 28 C.P.C. (4th) 60; *Dorchak v. Krupka*, 1997 ABCA 89, 196 A.R. 81.

By Cromwell J.

**Applied:** *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574; **referred to:** *Canada (National Revenue) v. Thompson*, 2016 SCC 21, [2016] 1 S.C.R. 381; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *Foster Wheeler Power Co.*

*habilitante*. Elle n'a pas tenu suffisamment compte du fait que l'Université avait convenablement justifié le respect de ce privilège au vu, tout particulièrement, des règles de droit et de pratique qui avaient cours en matière civile en Alberta.

### Jurisprudence

Citée par la juge Côté

**Arrêts appliqués :** *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **arrêts mentionnés :** *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *Canada (Revenu national) c. Thompson*, 2016 CSC 21, [2016] 1 R.C.S. 381; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *Legal Services Society c. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2003 BCCA 278, 226 D.L.R. (4th) 20; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20, [2016] 1 R.C.S. 336; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, 2006 CSC 31, [2006] 2 R.C.S. 32; *R. c. Brown*, 2002 CSC 32, [2002] 2 R.C.S. 185; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *R. c. Barnier*, [1980] 1 R.C.S. 1124; *Ansell Canada Inc. c. Ions World Corp.* (1998), 28 C.P.C. (4th) 60; *Dorchak c. Krupka*, 1997 ABCA 89, 196 A.R. 81.

Citée par le juge Cromwell

**Arrêt appliqué :** *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574; **arrêts mentionnés :** *Canada (Revenu national) c. Thompson*, 2016 CSC 21, [2016] 1 R.C.S. 381; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3

*v. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 SCC 18, [2004] 1 S.C.R. 456; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Information and Privacy Commissioner (Nfld. and Lab.)*, 2011 NLCA 69, 314 Nfld. & P.E.I.R. 305; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Environment)* (2000), 187 D.L.R. (4th) 127; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23; *Dorchak v. Krupka*, 1997 ABCA 89, 196 A.R. 81; *Canadian Natural Resources Ltd. v. ShawCor Ltd.*, 2014 ABCA 289, 580 A.R. 265; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821.

By Abella J.

**Applied:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **referred to:** *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733; *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574; *Ontario (Community Safety and Correctional Services) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, 2014 SCC 31, [2014] 1 S.C.R. 674; *John Doe v. Ontario (Finance)*, 2014 SCC 36, [2014] 2 S.C.R. 3; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815; *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809; *Canada (National Revenue) v. Thompson*, 2016 SCC 21, [2016] 1 S.C.R. 381.

### Statutes and Regulations Cited

*Access to Information and Protection of Privacy Act*, S.N.L. 2002, c. A-1.1, s. 52.  
*Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, c. F-25, ss. 2(c), (e), 7, 27, 53(1)(a), 56, 58, 59(1), (4), 65(1), 69(1), 70, 72(1), (2)(a), 73.  
*Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 165, s. 44.

R.C.S. 209; *Société d'énergie Foster Wheeler Itée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 CSC 18, [2004] 1 R.C.S. 456; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Newfoundland and Labrador (Attorney General) c. Information and Privacy Commissioner (Nfld. and Lab.)*, 2011 NLCA 69, 314 Nfld. & P.E.I.R. 305; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2000 CanLII 15247; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23; *Dorchak c. Krupka*, 1997 ABCA 89, 196 A.R. 81; *Canadian Natural Resources Ltd. c. ShawCor Ltd.*, 2014 ABCA 289, 580 A.R. 265; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821.

Citée par la juge Abella

**Arrêt appliqué :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **arrêts mentionnés :** *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574; *Ontario (Sécurité communautaire et Services correctionnels) c. Ontario (Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée)*, 2014 CSC 31, [2014] 1 R.C.S. 674; *Untel c. Ontario (Finances)*, 2014 CSC 36, [2014] 2 R.C.S. 3; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815; *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809; *Canada (Revenu national) c. Thompson*, 2016 CSC 21, [2016] 1 R.C.S. 381.

### Lois et règlements cités

*Access to Information and Protection of Privacy Act*, S.N.L. 2002, c. A-1.1, art. 52.  
*Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, c. F-25, art. 2(c), (e), 7, 27, 53(1)(a), 56, 58, 59(1), (4), 65(1), 69(1), 70, 72(1), (2)(a), 73.  
*Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 165, art. 44.

*Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.A. 1994, c. F-18.5, s. 54(3).  
*Freedom of Information and Protection of Privacy Amendment Act, 2003*, S.B.C. 2003, c. 5, s. 15.  
*Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, c. P-6.5, s. 38(3).  
*Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5, ss. 12 [repl. 2010, c. 23, s. 83], 12.1, 15.  
*Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 34(2).  
*Public Inquiries Act*, R.S.A. 2000, c. P-39.  
*Public Inquiry Act*, S.B.C. 2007, c. 9, s. 76.

### Authors Cited

Alberta. Legislative Assembly. *Alberta Hansard*, 2nd Sess., 23rd Leg., April 11, 1994, p. 1052.  
 Alberta. Legislative Assembly. *Alberta Hansard*, 2nd Sess., 23rd Leg., April 18, 1994, pp. 1239-40.  
 Alberta. Legislative Assembly. *Alberta Hansard*, 2nd Sess., 23rd Leg., May 5, 1994, p. 1752.  
 Alberta. Office of the Information and Privacy Commissioner. “Solicitor-Client Privilege Adjudication Protocol”, October 2008 (online: [www.oipc.ab.ca/media/613544/practice\\_note\\_solicitor\\_client\\_privilege\\_protocol\\_oct2008.pdf](http://www.oipc.ab.ca/media/613544/practice_note_solicitor_client_privilege_protocol_oct2008.pdf)).  
 Cross, Rupert. *Cross on Evidence*, 5th ed. London: Butterworths, 1979.  
 Dodek, Adam M. *Solicitor-Client Privilege*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.  
 Hubbard, Robert W., Susan Magotiaux and Suzanne M. Duncan. *The Law of Privilege in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated August 2016, release 35).  
 Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.  
 Manes, Ronald D., and Michael P. Silver. *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law*. Toronto: Butterworths, 1993.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Rowbotham, Bielby and Brown JJ.A.), 2015 ABCA 118, 602 A.R. 35, 647 W.A.C. 35, 12 Alta. L.R. (6th) 272, 81 Admin. L.R. (5th) 257, 382 D.L.R. (4th) 299, [2015] 7 W.W.R. 213, [2015] A.J. No. 348 (QL), 2015 CarswellAlta 574 (WL Can.), setting aside a decision of Jones J., 2013 ABQB 652, 90 Alta. L.R. (5th) 94, 574 A.R. 137, 66 Admin.

*Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.A. 1994, c. F-18.5, art. 54(3).  
*Freedom of Information and Protection of Privacy Amendment Act, 2003*, S.B.C. 2003, c. 5, art. 15.  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21, art. 34(2).  
*Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5, art. 12 [repl. 2010, c. 23, art. 83], 12.1, 15.  
*Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, c. P-6.5, art. 38(3).  
*Public Inquiries Act*, R.S.A. 2000, c. P-39.  
*Public Inquiry Act*, S.B.C. 2007, c. 9, art. 76.

### Doctrine et autres documents cités

Alberta. Legislative Assembly. *Alberta Hansard*, 2nd Sess., 23rd Leg., April 11, 1994, p. 1052.  
 Alberta. Legislative Assembly. *Alberta Hansard*, 2nd Sess., 23rd Leg., April 18, 1994, p. 1239-1240.  
 Alberta. Legislative Assembly. *Alberta Hansard*, 2nd Sess., 23rd Leg., May 5, 1994, p. 1752.  
 Alberta. Office of the Information and Privacy Commissioner. « Solicitor-Client Privilege Adjudication Protocol », October 2008 (online : [www.oipc.ab.ca/media/613544/practice\\_note\\_solicitor\\_client\\_privilege\\_protocol\\_oct2008.pdf](http://www.oipc.ab.ca/media/613544/practice_note_solicitor_client_privilege_protocol_oct2008.pdf)).  
 Cross, Rupert. *Cross on Evidence*, 5th ed., London, Butterworths, 1979.  
 Dodek, Adam M. *Solicitor-Client Privilege*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.  
 Hubbard, Robert W., Susan Magotiaux and Suzanne M. Duncan. *The Law of Privilege in Canada*, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated August 2016, release 35).  
 Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.  
 Manes, Ronald D., and Michael P. Silver. *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law*, Toronto, Butterworths, 1993.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Rowbotham, Bielby et Brown), 2015 ABCA 118, 602 A.R. 35, 647 W.A.C. 35, 12 Alta. L.R. (6th) 272, 81 Admin. L.R. (5th) 257, 382 D.L.R. (4th) 299, [2015] 7 W.W.R. 213, [2015] A.J. No. 348 (QL), 2015 CarswellAlta 574 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Jones, 2013 ABQB 652, 90 Alta. L.R. (5th) 94, 574 A.R. 137, 66

L.R. (5th) 254, [2013] A.J. No. 1233 (QL), 2013 CarswellAlta 2198 (WL Can.). Appeal dismissed.

*Glenn Solomon, Q.C., and Elizabeth Aspinall*, for the appellant.

*Robert W. Calvert, Q.C., and Michael D. A. Ford, Q.C.*, for the respondent.

*David Phillip Jones, Q.C., and Victoria A. Jones*, for the intervener the Law Society of Alberta.

Written submissions only by *Michael A. Feder and Emily MacKinnon*, for the intervener the British Columbia Freedom of Information and Privacy Association.

*Lawren Murray and David Goodis*, for the intervener the Information and Privacy Commissioner of Ontario.

*Ivan Bernardo, Q.C., Gerald Chipeur, Q.C., and Jill W. Wilkie*, for the intervener the Information and Privacy Commissioner for British Columbia.

*Andrew A. Fitzgerald*, for the intervener the Information and Privacy Commissioner for the Province of Newfoundland and Labrador.

*Perry R. Mack, Q.C.*, for the intervener the Advocates' Society.

*Mahmud Jamal and David Rankin*, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.

*Michele H. Hollins, Q.C., James L. Lebo, Q.C., and Jason L. Wilkins*, for the intervener the Canadian Bar Association.

*Marlys A. Edwardh, Daniel Sheppard, Regan Morris, Diane Therrien and Aditya Ramachandran*, for the interveners the Information Commissioner of Canada, the Privacy Commissioner of Canada, the Manitoba Ombudsman, the Northwest Territories Information and Privacy Commissioner, the Nova Scotia Information and Privacy Commissioner [Review Officer], the Nunavut Information and Privacy

Admin. L.R. (5th) 254, [2013] A.J. No. 1233 (QL), 2013 CarswellAlta 2198 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

*Glenn Solomon, c.r., et Elizabeth Aspinall*, pour l'appelante.

*Robert W. Calvert, c.r., et Michael D. A. Ford, c.r.*, pour l'intimé.

*David Phillip Jones, c.r., et Victoria A. Jones*, pour l'intervenante Law Society of Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Michael A. Feder et Emily MacKinnon*, pour l'intervenante British Columbia Freedom of Information and Privacy Association.

*Lawren Murray et David Goodis*, pour l'intervenant le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario.

*Ivan Bernardo, c.r., Gerald Chipeur, c.r., et Jill W. Wilkie*, pour l'intervenant Information and Privacy Commissioner for British Columbia.

*Andrew A. Fitzgerald*, pour l'intervenant Information and Privacy Commissioner for the Province of Newfoundland and Labrador.

*Perry R. Mack, c.r.*, pour l'intervenante Advocates' Society.

*Mahmud Jamal et David Rankin*, pour l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

*Michele H. Hollins, c.r., James L. Lebo, c.r., et Jason L. Wilkins*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

*Marlys A. Edwardh, Daniel Sheppard, Regan Morris, Diane Therrien et Aditya Ramachandran*, pour les intervenants le commissaire à l'information du Canada, le commissaire à la protection de la vie privée du Canada, l'Ombudsman du Manitoba, le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée des Territoires du Nord-Ouest, Nova Scotia Information and Privacy Commissioner [Review

Commissioner, the Saskatchewan Information and Privacy Commissioner and the Yukon Ombudsman and Information and Privacy Commissioner.

Written submissions only by *Brian Gover, Justin Safayeni* and *Carlo Di Carlo*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association.

The judgment of Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ. was delivered by

CÔTÉ J. —

### I. Overview

[1] This case involves a judicial review of a decision pursuant to the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, c. F-25 (“*FOIPP*”). A delegate of the Information and Privacy Commissioner of Alberta (“Commissioner”) ordered the production of records over which solicitor-client privilege was claimed in order to verify that the privilege was properly asserted. At the heart of this appeal is whether s. 56(3) of *FOIPP*, which requires a public body to produce required records to the Commissioner “[d]espite . . . any privilege of the law of evidence”, allows the Commissioner and her delegates to review documents over which solicitor-client privilege is claimed.

[2] I conclude that s. 56(3) does not require a public body to produce to the Commissioner documents over which solicitor-client privilege is claimed. As this Court held in *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574, solicitor-client privilege cannot be set aside by inference but only by legislative language that is clear, explicit and unequivocal. In the present case, the provision at issue does not meet this standard and therefore fails to evince clear and unambiguous legislative intent to set aside solicitor-client privilege. It is well established that solicitor-client

Officer], le commissaire à l’information et à la protection de la vie privée du Nunavut, Saskatchewan Information and Privacy Commissioner et le commissaire à l’information et à la protection de la vie privée et ombudsman du Yukon.

Argumentation écrite seulement par *Brian Gover, Justin Safayeni* et *Carlo Di Carlo*, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association.

Version française du jugement des juges Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté rendu par

LA JUGE CÔTÉ —

### I. Aperçu

[1] Le pourvoi porte sur le contrôle judiciaire d’une décision rendue sous le régime de la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, c. F-25 (« *FOIPP* »). Un délégué de la Commissaire à l’information et à la protection de la vie privée de l’Alberta (« Commissaire ») a ordonné la production de documents à l’égard desquels le secret professionnel de l’avocat était invoqué afin de vérifier la validité de l’assertion. La principale question en litige est celle de savoir si le par. 56(3) de la *FOIPP*, qui oblige un organisme public à produire les documents exigés par la Commissaire [TRADUCTION] « [m]algré [. . .] tout privilège que reconnaît le droit de la preuve », permet à cette dernière et à ses délégués d’examiner les documents à l’égard desquels est invoqué le secret professionnel de l’avocat.

[2] Je conclus que le par. 56(3) n’oblige pas un organisme public à communiquer à la Commissaire un document à l’égard duquel est invoqué le secret professionnel de l’avocat. Comme la Cour l’a décidé dans l’arrêt *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574, le secret professionnel de l’avocat ne peut être écarté par inférence, mais seulement au moyen d’un libellé législatif clair, explicite et non équivoque. En l’espèce, la disposition en cause ne satisfait pas à cette exigence et, par conséquent, elle ne traduit

privilege is no longer merely a privilege of the law of evidence, having evolved into a substantive protection. Therefore, I am of the view that solicitor-client privilege is not captured by the expression “privilege of the law of evidence”. Moreover, a reading of s. 56(3) in the context of the statute as a whole also supports the conclusion that the legislature did not intend to set aside solicitor-client privilege. Further, even if s. 56(3) could be construed as authorizing the Commissioner to review documents over which privilege is claimed, this was not an appropriate case in which to order production of the documents for review. Consequently, I would dismiss the appeal.

## II. Facts

[3] The University of Calgary (“University”) was sued by a former employee who brought a claim of constructive dismissal. In October 2008, the former employee made a request for access to information under s. 7 of *FOIPP*, seeking records about her in the University’s possession.

[4] The University provided some records in response to the request, but claimed solicitor-client privilege over other records. In March 2009, the former employee brought an application under *FOIPP* seeking production of the withheld records. A delegate of the Commissioner (“delegate”) conducted an inquiry on the matter, acting in accordance with the Office of the Commissioner’s “Solicitor-Client Privilege Adjudication Protocol” (“Protocol”) (online). The Protocol states how, according to the Office of the Commissioner, claims of solicitor-client privilege can be substantiated without revealing the details of the communications. Basing himself on the Protocol, the delegate issued a Notice of Inquiry instructing the University to provide a copy of “the records at issue” or two copies of “an affidavit or unsworn evidence verifying solicitor-client privilege over the records”.

pas l’intention claire et non équivoque du législateur d’écarter le secret professionnel de l’avocat. Il est bien établi que ce dernier n’est plus seulement un privilège du droit de la preuve, mais qu’il constitue une protection relevant du droit substantiel. J’estime donc que l’expression [TRADUCTION] « privilège que reconnaît le droit de la preuve » n’englobe pas le secret professionnel de l’avocat. En outre, le contexte global de la loi permet également de conclure que le législateur n’a pas voulu, au par. 56(3), écarter le secret professionnel de l’avocat. Et même si on pouvait considérer que le par. 56(3) autorise la Commissaire à examiner les documents à l’égard desquels est invoqué le secret professionnel de l’avocat, il n’y avait pas lieu en l’espèce d’ordonner la production des documents en vue de leur examen. Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

## II. Faits

[3] L’Université de Calgary (« Université ») a été poursuivie par une ancienne employée qui alléguait un congédiement déguisé. En octobre 2008, l’ancienne employée a présenté en vertu de l’art. 7 de la *FOIPP* une demande d’accès à l’information en vue d’obtenir des documents la concernant que l’Université avait en sa possession.

[4] L’Université a fourni certains des documents demandés, mais elle a invoqué le secret professionnel de l’avocat à l’égard des autres. En mars 2009, l’ancienne employée a demandé, en se fondant sur la *FOIPP*, la production des documents refusés. Un délégué de la Commissaire (« délégué ») a fait enquête conformément au « Solicitor-Client Privilege Adjudication Protocol » du Commissariat (le « Protocole ») (en ligne). Le Protocole précise comment, selon le Commissariat, la démonstration de l’application du secret professionnel de l’avocat peut être faite sans que ne soient révélés les détails des communications. S’appuyant sur le Protocole, le délégué a donné un avis d’enquête enjoignant à l’Université de fournir une copie [TRADUCTION] « des documents en cause » ou de deux copies « d’un affidavit ou d’une simple déclaration confirmant que le secret professionnel de l’avocat s’applique aux documents ».

[5] In August 2010, the University declined to provide a copy of the withheld records, and instead provided a list of documents identified by page numbers only. This way of proceeding complied with the law and the practice regarding identification of solicitor-client privileged documents in civil litigation in Alberta at that time. The University also provided a sworn affidavit from its Access and Privacy Coordinator indicating solicitor-client privilege had been asserted over the records. Later, the University further provided a letter from its Provost and Vice-President (Academic), asserting solicitor-client privilege over the records.

[6] In September 2010, the delegate directed the University to substantiate its claim of solicitor-client privilege by either providing him with a copy of the records, or providing additional information regarding the records at issue, including, for example, the date and length of the record, and some information regarding the author and addressee.

[7] The University did not comply with either direction. As a result, the delegate issued a Notice to Produce Records under s. 56(3) of *FOIPP*, requiring the University to produce the documents for review. Section 56(3) reads:

(3) Despite any other enactment or any privilege of the law of evidence, a public body must produce to the Commissioner within 10 days any record or a copy of any record required under subsection (1) or (2).

[8] The University again did not comply, and in October 2010 sought judicial review of the delegate's decision to issue the Notice to Produce Records. This is the matter on appeal.

[9] It is noteworthy that the applicant, the former employee, is not a party to the present appeal. Her litigation against the University concluded in 2012 and she has had no involvement in the matter since then (2012 ABQB 342, 545 A.R. 110). Therefore, the claim for production is moot at this time.

[5] En août 2010, l'Université a refusé de fournir une copie des autres documents. Elle a plutôt remis une liste des documents identifiés seulement par le numéro des pages en cause. Cette façon de procéder était conforme au droit et à la pratique qui avaient alors cours en Alberta pour identifier un document protégé par le secret professionnel de l'avocat dans une instance civile. L'Université a par ailleurs remis un affidavit dans lequel sa coordonnatrice de l'accès à l'information et de la protection de la vie privée affirmait que le secret professionnel de l'avocat était invoqué à l'égard des documents. L'Université a également transmis par la suite une lettre dans laquelle son vice-recteur à l'enseignement et à la recherche invoquait le secret professionnel de l'avocat à l'égard des documents.

[6] En septembre 2010, le délégué a enjoint à l'Université de démontrer l'application du secret professionnel de l'avocat, soit par la remise d'une copie des documents, soit par la communication de renseignements supplémentaires sur les documents, comme la date et le nombre de pages, et certaines précisions sur l'auteur et le destinataire.

[7] L'Université n'a acquiescé à aucune de ces demandes. Le délégué a donc donné un avis fondé sur le par. 56(3) de la *FOIPP* enjoignant à l'Université de produire les documents en vue de leur examen. Le paragraphe 56(3) est libellé comme suit :

[TRADUCTION] (3) Malgré toute autre loi ou tout privilège que reconnaît le droit de la preuve, l'organisme public produit dans les dix jours l'original ou une copie des documents exigés en vertu des paragraphes (1) ou (2).

[8] Là encore, l'Université ne s'est pas conformée à l'avis et, en octobre 2010, elle en a demandé le contrôle judiciaire, d'où le présent pourvoi.

[9] Il convient de signaler que l'auteure de la demande, l'ancienne employée de l'Université, n'est pas partie au pourvoi. Elle n'a pris aucune part à l'instance depuis que sa poursuite contre l'Université a fait l'objet d'un règlement en 2012 (2012 ABQB 342, 545 A.R. 110). La demande de produire les documents revêt donc désormais un caractère théorique.

### III. Decisions Below

#### A. *Information and Privacy Commissioner of Alberta*

[10] In his decision rendered October 20, 2010, the delegate required the University to produce a copy of the records over which solicitor-client privilege was claimed, to allow the delegate to determine whether solicitor-client privilege had been properly asserted. The delegate concluded that this case was an exceptional one, as the University of Calgary had failed to present adequate evidence of its claim of solicitor-client privilege, and therefore it was necessary to review the records in question to determine whether the University had properly withheld the records.

#### B. *Alberta Court of Queen's Bench, 2013 ABQB 652, 574 A.R. 137*

[11] On judicial review, Justice Jones first concluded that the appropriate standard of review was correctness. He applied the modern approach to statutory interpretation and found that s. 56(3) of *FOIPP* permits the Commissioner to compel the production of disputed records to verify claims of solicitor-client privilege. He reviewed the jurisprudence on similar provisions in other statutes, and concluded that the Alberta legislature's intent in enacting *FOIPP* was clear. The application judge also found that the provisions of *FOIPP* do not work together effectively unless the Commissioner has the power to compel the production of information over which privilege is alleged since *FOIPP* provides no other mechanism to review that type of claim.

[12] The application judge then considered the delegate's exercise of the power to compel the production of the documents. He found that the delegate had correctly issued the notice, noting that the University had refused to substantiate in any other way its claims of solicitor-client privilege. Overall, he concluded the delegate's approach established "a framework that interferes with the confidentiality

### III. Décisions des juridictions inférieures

#### A. *Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Alberta*

[10] Dans sa décision du 20 octobre 2010, le délégué exige que l'Université produise une copie des documents à l'égard desquels le secret professionnel de l'avocat est invoqué afin qu'il puisse se prononcer sur le bien-fondé de cette assertion. Il conclut qu'il s'agit d'un cas exceptionnel, car l'Université a omis de produire la preuve nécessaire à l'appui de sa prétention selon laquelle le secret professionnel de l'avocat s'applique, de sorte qu'il lui faut examiner les documents en cause pour décider si l'Université a raison ou non de refuser de les produire.

#### B. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, 2013 ABQB 652, 574 A.R. 137*

[11] Saisi d'une demande de contrôle judiciaire, le juge Jones conclut d'abord que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. Il recourt à la méthode moderne d'interprétation des lois et statue que le par. 56(3) de la *FOIPP* permet à la Commissaire d'exiger la production des documents pour s'assurer de l'application du secret professionnel de l'avocat invoqué à leur égard. Il examine la jurisprudence relative aux dispositions similaires d'autres lois, puis conclut que l'intention qu'avait le législateur albertain lors de l'adoption de la *FOIPP* est claire. Il ajoute que les dispositions de la *FOIPP* ne peuvent bien s'appliquer les unes avec les autres que si la Commissaire a le pouvoir d'exiger la production de l'information à l'égard de laquelle le privilège est invoqué puisque la *FOIPP* ne prévoit aucune autre procédure pour se prononcer sur pareille allégation.

[12] Le juge se penche ensuite sur l'exercice par le délégué du pouvoir d'obliger un organisme à produire un document. Il estime que le délégué a donné l'avis à bon droit et souligne que l'Université a refusé de justifier par ailleurs l'application du secret professionnel de l'avocat. De manière générale, il statue que la démarche du délégué établit [TRADUCTION] « un cadre qui ne porte atteinte à la

and privilege only to the extent absolutely necessary” (para. 233).

C. *Alberta Court of Appeal, 2015 ABCA 118, 602 A.R. 35*

[13] The Court of Appeal allowed the University’s appeal, concluding that the Commissioner did not have statutory authority to compel the production of records over which solicitor-client privilege was asserted. It agreed with the application judge that the applicable standard of review was correctness. Regarding statutory interpretation, however, the Court of Appeal held that *Blood Tribe* ousts the modern approach to statutory interpretation where solicitor-client privilege is at stake. Instead, the rule of strict construction applies, which requires clear, explicit and specific reference to solicitor-client privilege.

[14] Following the rule of strict construction, the Court of Appeal concluded that an inference would need to be drawn to conclude that “any privilege of the law of evidence” refers to solicitor-client privilege. Therefore, the language of s. 56(3) was found to be not sufficiently specific to evince clear legislative intent.

[15] The Court of Appeal also observed that a number of contextual factors supported its conclusion. First, neither the Commissioner nor her delegate needed to be a lawyer and could lack the legal training necessary to adjudicate claims of solicitor-client privilege. Second, *FOIPP* authorized the Commissioner to disclose information relating to the commission of an offence to the Minister of Justice and the Attorney General. Third, s. 38(3) of the *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, c. P-6.5, which applies to law firms, also permits the Commissioner to require the production of records “[n]otwithstanding . . . any privilege of the law of evidence”. The Court of Appeal noted that allowing solicitor-client privilege to be infringed in that context would be undesirable.

confidentialité et au privilège que dans la mesure où cela est absolument nécessaire » (par. 233).

C. *Cour d’appel de l’Alberta, 2015 ABCA 118, 602 A.R. 35*

[13] La Cour d’appel fait droit à l’appel de l’Université et conclut que la Commissaire n’avait pas le pouvoir légal d’exiger la production des documents à l’égard desquels le secret professionnel de l’avocat était invoqué. Elle convient avec le juge de première instance que la norme de contrôle est celle de la décision correcte. Par contre, en ce qui a trait à l’interprétation des lois, elle statue que l’arrêt *Blood Tribe* écarte la méthode moderne d’interprétation des lois lorsque le secret professionnel de l’avocat est en jeu. C’est plutôt la règle de l’interprétation stricte — qui commande le renvoi clair, explicite et précis au secret professionnel de l’avocat — qui s’applique.

[14] Suivant la règle de l’interprétation stricte, la Cour d’appel opine qu’il serait nécessaire de tirer une inférence pour conclure que l’expression [TRADUCTION] « tout privilège que reconnaît le droit de la preuve » englobe le secret professionnel de l’avocat. Le libellé du par. 56(3) n’est donc pas jugé suffisamment précis pour traduire une intention claire en ce sens de la part du législateur.

[15] La Cour d’appel fait également observer qu’un certain nombre d’éléments contextuels appuient sa conclusion. Premièrement, ni la Commissaire ni son délégué ne sont tenus d’être avocats, de sorte qu’ils pourraient ne pas avoir la formation juridique voulue pour se prononcer sur l’application du secret professionnel de l’avocat. Deuxièmement, la *FOIPP* autorise la Commissaire à communiquer au ministre de la Justice et au procureur général tout renseignement relatif à la perpétration d’une infraction. Troisièmement, la *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, c. P-6.5, par. 38(3), qui s’applique aux cabinets d’avocats, permet également à la Commissaire d’exiger la production de documents [TRADUCTION] « [n]onobstant [. . .] tout privilège que reconnaît le droit de la preuve ». La Cour d’appel souligne que permettre l’atteinte au secret professionnel de l’avocat dans un tel contexte serait non souhaitable.

IV. Issues

[16] This appeal raises the following questions:

1. What is the appropriate standard of review applicable to the Commissioner's decision?
2. What approach to statutory interpretation applies to provisions purporting to abrogate, pierce, set aside or infringe solicitor-client privilege?
3. Does s. 56(3) of *FOIPP* require a public body to produce to the Commissioner records over which solicitor-client privilege is claimed?

V. Submissions of the PartiesA. *Information and Privacy Commissioner of Alberta*

[17] The Commissioner argues that the appropriate standard of review is reasonableness. Regarding statutory interpretation, she submits a purposive analysis should be applied. In brief, the Commissioner takes the position that s. 56(3) of *FOIPP* expressly grants her the power to review records over which solicitor-client privilege is claimed. She argues that solicitor-client privilege is a privilege of the law of evidence; thus the words "any privilege of the law of evidence" in s. 56(3) clearly abrogate solicitor-client privilege. The Commissioner submits that the substantive nature of solicitor-client privilege does not preclude this interpretation, and she argues that a contextual analysis supports her position.

B. *Board of Governors of the University of Calgary*

[18] In contrast, the University's Board of Governors argues that the appropriate standard of review is correctness. Regarding statutory interpretation, it submits that express, clear and precise words are necessary to permit the Commissioner to pierce

IV. Questions en litige

[16] Le pourvoi soulève les questions suivantes :

1. Quelle est la norme de contrôle applicable à la décision de la Commissaire?
2. Quelle méthode d'interprétation des lois s'applique à une disposition censée supprimer, lever ou écarter le secret professionnel de l'avocat ou y porter atteinte?
3. Le paragraphe 56(3) de la *FOIPP* oblige-t-il un organisme public à produire à l'intention de la Commissaire les documents à l'égard desquels est invoqué le secret professionnel de l'avocat?

V. Thèses des partiesA. *Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Alberta*

[17] La Commissaire soutient que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable. En ce qui a trait à l'interprétation des lois, elle préconise une analyse téléologique. En bref, elle est d'avis que le par. 56(3) de la *FOIPP* lui confère expressément le pouvoir d'examiner les documents à l'égard desquels le secret professionnel de l'avocat est invoqué. Elle prétend que celui-ci constitue un privilège que reconnaît le droit de la preuve, de sorte que les mots [TRADUCTION] « tout privilège que reconnaît le droit de la preuve » employés au par. 56(3) suppriment clairement le secret professionnel de l'avocat. Elle ajoute que l'assimilation du secret professionnel de l'avocat à une règle de fond ne fait pas obstacle à une telle interprétation et que l'analyse contextuelle la conforte dans son opinion.

B. *Conseil des gouverneurs de l'Université de Calgary*

[18] Le Conseil des gouverneurs de l'Université soutient au contraire que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. En ce qui a trait à l'interprétation des lois, il fait valoir que des termes exprès, clairs et précis sont nécessaires

solicitor-client privilege. The University's Board of Governors' primary argument is that s. 56(3) does not contain express words to that effect since solicitor-client privilege has been elevated from a rule of evidence to a substantive and fundamental rule of law. In the alternative, the University's Board of Governors submits that even if s. 56(3) could be construed as expressly giving the Commissioner the power to pierce solicitor-client privilege, disclosure was not appropriate in this case. The University's Board of Governors also argues that a contextual analysis supports its position.

## VI. Analysis

### A. *Standard of Review*

[19] The application judge and the Court of Appeal concluded that the applicable standard of review was correctness. I agree.

[20] Whether *FOIPP* allows solicitor-client privilege to be set aside is a question of central importance to the legal system as a whole and outside the Commissioner's specialized area of expertise. As this Court said in *Blood Tribe*, solicitor-client privilege is "fundamental to the proper functioning of our legal system" (para. 9). It is also a privilege that has acquired constitutional dimensions as both a principle of fundamental justice and a part of a client's fundamental right to privacy (*R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445, at para. 41; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, at para. 46; see also *Canada (National Revenue) v. Thompson*, 2016 SCC 21, [2016] 1 S.C.R. 381, at para. 17). Further, as the Court of Appeal observed, the question of what statutory language is sufficient to authorize administrative tribunals to infringe solicitor-client privilege is a question that has potentially wide implications on other statutes.

[21] In *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135, Rothstein J., writing for the Court,

pour que la Commissaire puisse lever le secret professionnel de l'avocat. Suivant sa thèse principale, le par. 56(3) ne contient pas de termes exprès en ce sens puisque le secret professionnel de l'avocat est passé d'une règle de preuve à une règle substantielle et fondamentale. Subsidiairement, il prétend que même si le par. 56(3) pouvait être interprété comme conférant expressément à la Commissaire le pouvoir de lever le secret professionnel de l'avocat, la communication des documents n'était pas indiquée en l'espèce. Il ajoute que l'analyse contextuelle appuie sa thèse.

## VI. Analyse

### A. *Norme de contrôle*

[19] Le juge de première instance et la Cour d'appel ont conclu que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. Je suis d'accord.

[20] La question de savoir si la *FOIPP* permet d'écartier le secret professionnel de l'avocat est d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et elle se situe en dehors du domaine d'expertise de la Commissaire. Comme le dit la Cour dans l'arrêt *Blood Tribe*, le secret professionnel de l'avocat est « essentiel au bon fonctionnement du système de justice » (par. 9). Il s'agit d'un privilège qui revêt également un caractère constitutionnel tant à titre de principe de justice fondamentale que de droit fondamental du client au respect de sa vie privée (*R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445, par. 41; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 46; voir aussi *Canada (Revenu national) c. Thompson*, 2016 CSC 21, [2016] 1 R.C.S. 381, par. 17). En outre, comme le fait observer la Cour d'appel, déterminer les conditions auxquelles un libellé législatif est suffisant pour autoriser un tribunal administratif à porter atteinte au secret professionnel de l'avocat est susceptible d'avoir de grandes répercussions sur d'autres régimes législatifs.

[21] Dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135, le juge

discussed how a question of statutory interpretation that does *not* have wide implications on other statutes would *not* be of central importance to the legal system as a whole and would thus attract a reasonableness standard. Paragraph 60 of *National Railway* reads as follows:

This is also not a question of central importance to the legal system as a whole. The question at issue centres on the interpretation of s. 120.1 of the [*Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10 (“*CTA*”)]. The question is particular to this specific regulatory regime as it involves confidential contracts as provided for under the *CTA* and the availability of a complaint-based mechanism that is limited to shippers that meet the statutory conditions under s. 120.1(1). This question does not have precedential value outside of issues arising under this statutory scheme.

Conversely, it follows that where — as in this case — the question *does* have wide implications on other statutes, the appropriate standard of review is correctness.

[22] In addition, there is nothing to suggest that the Commissioner has particular expertise with respect to solicitor-client privilege, an issue which has traditionally been adjudicated by courts (see *Legal Services Society v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2003 BCCA 278, 226 D.L.R. (4th) 20, at para. 25). Therefore, the applicable standard of review is correctness (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 60), for both (i) the decision that the Commissioner has the authority to require the production of records over which solicitor-client privilege is asserted, and (ii) the decision to issue the Notice to Produce Records.

[23] My colleague Justice Abella thinks otherwise. Drawing from six judgments of this Court involving disclosure decisions by Information and Privacy Commissioners, she suggests that there is a “clear lineage” of cases dictating that the standard of

Rothstein, au nom des juges de la Cour, fait état des conditions auxquelles une question d’interprétation législative *sans* grandes répercussions sur d’autres régimes législatifs *ne* revêt *pas* une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et, de ce fait, commande l’application de la norme de la décision raisonnable. Voici ce qu’il dit au par. 60 :

Il ne s’agit pas non plus d’une question qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble. La question en litige concerne l’interprétation de l’art. 120.1 de la [*Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, c. 10 (« *LTC* »)]. La question est propre à ce régime de réglementation particulier, car elle met en cause des contrats confidentiels prévus par la *LTC* ainsi que la possibilité de recourir à un mécanisme de plaintes qui se limite aux expéditeurs répondant aux conditions que prévoit le par. 120.1(1). La réponse qui est donnée à la question en litige n’a valeur de précédent que pour les questions relevant de ce régime législatif.

À l’inverse, lorsque, comme en l’espèce, la question *a* de grandes répercussions sur d’autres régimes législatifs, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.

[22] De plus, rien n’indique que la Commissaire est dotée d’une expertise particulière qui la rend apte à se prononcer sur le secret professionnel de l’avocat, cette question ayant toujours relevé des cours de justice (voir *Legal Services Society c. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2003 BCCA 278, 226 D.L.R. (4th) 20, par. 25). La norme de contrôle applicable est donc celle de la décision correcte (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 60) en ce qui a trait tant à (i) la décision de la Commissaire selon laquelle elle possède le pouvoir d’exiger la production des documents à l’égard desquels le secret professionnel de l’avocat est invoqué qu’à (ii) celle de donner un avis enjoignant à son destinataire de produire des documents.

[23] Ma collègue la juge Abella est d’un avis différent. À partir de six arrêts dans lesquels la Cour statue sur la décision d’un commissaire à l’information et à la protection de la vie privée d’ordonner ou non la communication, elle suggère que le

review in this appeal should be reasonableness. With respect, I cannot agree.

[24] Of the six decisions identified by Abella J., only two mention solicitor-client privilege. One of them is *Blood Tribe*, in which Binnie J. in effect reviewed the impugned decision on the standard of correctness, although he did not expressly state so. The other is *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815, which addressed, as a secondary issue, whether the Assistant Commissioner properly exercised his discretion under a provision explicitly permitting him to exempt from disclosure documents subject to solicitor-client privilege. That was it. Resolution of that question had few ramifications on the principle of solicitor-client privilege and its application beyond the particular exercise of discretion in that case.

[25] The question here is different. It does not just ask whether the Commissioner exercised her discretion appropriately in the instant case. It asks whether the phrase “privilege of the law of evidence” suffices to identify, for the purpose of abrogation, the substantive features of solicitor-client privilege. This necessitates an inquiry into both the substantive and evidentiary qualities of the privilege.

[26] The importance of solicitor-client privilege to our justice system cannot be overstated. It is a legal privilege concerned with the protection of a relationship that has a central importance to the legal system as a whole. In *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, Chief Justice Lamer described its rationale as follows:

The *prima facie* protection for solicitor-client communications is based on the fact that the relationship and the communications between solicitor and client are essential to the effective operation of the legal system. Such communications are inextricably linked with the very

« cheminement clair » de la jurisprudence commande que la norme de contrôle soit en l'espèce celle de la décision raisonnable. Soit dit en tout respect, je ne peux être d'accord.

[24] Des six arrêts invoqués, seulement deux font mention du secret professionnel de l'avocat. L'un d'eux est *Blood Tribe*, où le juge Binnie revoit la décision contestée selon la norme de la décision correcte, même s'il ne le mentionne pas expressément. L'autre est *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815, dans lequel la Cour tranche la question secondaire de savoir si le commissaire adjoint a bien exercé son pouvoir discrétionnaire en application d'une disposition qui l'autorise explicitement à soustraire à la communication un document protégé par le secret professionnel de l'avocat. C'est tout. La réponse de la Cour à la question a peu de répercussions sur le principe du secret professionnel de l'avocat et sur son application au-delà de l'exercice du pouvoir discrétionnaire considéré dans cette affaire.

[25] La question est différente en l'espèce. Il s'agit de savoir non seulement si la Commissaire a bien exercé son pouvoir discrétionnaire, mais également si le libellé [TRADUCTION] « privilège que reconnaît le droit de la preuve » suffit pour englober les attributs du secret professionnel de l'avocat qui relèvent du droit substantiel. Force est donc d'analyser les caractéristiques de chacune des composantes — règle de fond et règle de preuve — du privilège.

[26] On ne saurait trop insister sur l'importance du secret professionnel de l'avocat dans le fonctionnement du système juridique canadien. Il s'agit d'un privilège légal voué à la protection de rapports qui revêtent une importance capitale pour le système de justice dans son ensemble. Dans *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, le juge en chef Lamer précise comme suit sa raison d'être :

La protection à première vue des communications entre l'avocat et son client est fondée sur le fait que les rapports et les communications entre l'avocat et son client sont essentiels au bon fonctionnement du système juridique. Pareilles communications sont inextricablement

system which desires the disclosure of the communication . . . . [Emphasis added; p. 289.]

[27] Having determined that the applicable standard of review is correctness, I now proceed to apply this standard to the decision at hand.

### B. *Principles of Statutory Interpretation*

[28] To give effect to solicitor-client privilege as a fundamental policy of the law, legislative language purporting to abrogate it, set it aside or infringe it must be interpreted restrictively and must demonstrate a clear and unambiguous legislative intent to do so. The privilege cannot be set aside by inference (*Blood Tribe*, at para. 11; *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809, at para. 33; *Lavallee*, at para. 18). As this Court affirmed in *Thompson*:

. . . it is only where legislative language evinces a clear intent to abrogate solicitor-client privilege in respect of specific information that a court may find that the statutory provision in question actually does so. Such an intent cannot simply be inferred from the nature of the statutory scheme or its legislative history, although these might provide supporting context where the language of the provision is already sufficiently clear. If the provision is not clear, however, it must not be found to be intended to strip solicitor-client privilege from communications or documents that this privilege would normally protect. [para. 25]

[29] I would also add that this requirement is not a renunciation of the modern approach to statutory interpretation. Indeed, on my reading, *Blood Tribe* does not preclude using a full modern approach to interpret words purportedly abrogating privilege. Rather than supporting adoption of a strict construction rule, the analysis conducted in *Blood Tribe* reflects what is essentially the modern approach to statutory interpretation when dealing with solicitor-client privilege, insofar as it recognizes legislative respect for fundamental values. The modern approach was followed by this Court in *Thompson*, and the same approach is followed here. Therefore, in no way is this Court returning to

liées au système même qui veut que la communication soit divulguée . . . [Je souligne; p. 289.]

[27] Ayant décidé que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte, je l'applique maintenant à la décision en cause.

### B. *Principes d'interprétation législative*

[28] Si le secret professionnel de l'avocat constitue un principe fondamental du droit, la disposition législative dont l'objet est de le supprimer, de l'écartier ou d'y porter atteinte doit être interprétée de manière restrictive et l'intention du législateur doit y être claire et non équivoque. Le privilège ne peut être écarté par inférence (*Blood Tribe*, par. 11; *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809, par. 33; *Lavallee*, par. 18). Comme le dit la Cour dans l'arrêt *Thompson* :

. . . un tribunal ne peut conclure du libellé d'une disposition législative que le secret professionnel de l'avocat est supprimé à l'égard de certains renseignements que si ce libellé révèle l'intention claire du législateur d'arriver à ce résultat. Une telle intention ne peut simplement être inférée de la nature du régime législatif ou de son historique, bien que ceux-ci puissent offrir un contexte à l'appui lorsque le texte de la disposition est déjà suffisamment clair. Cependant, lorsque la disposition n'est pas claire, il ne faut pas considérer qu'elle vise à soustraire à la protection du secret professionnel de l'avocat des communications ou des documents qui en bénéficieraient normalement. [par. 25]

[29] J'ajoute qu'une telle exigence ne constitue pas un abandon de la méthode moderne d'interprétation des lois. En effet, l'arrêt *Blood Tribe* n'empêche pas, à mon sens, de recourir à cette méthode à l'égard de termes censés supprimer un privilège. L'analyse à laquelle se livre la Cour dans *Blood Tribe* n'appuie pas l'adhésion à une interprétation stricte, mais traduit essentiellement le recours à la méthode moderne pour se prononcer sur le secret professionnel de l'avocat, dans la mesure où cette méthode reconnaît le respect des valeurs fondamentales par le législateur. La Cour s'en remet à la méthode moderne dans *Thompson*, et c'est la démarche que j'adopte en l'espèce. La Cour ne renoue donc

the plain meaning rule or abandoning the modern approach.

C. *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*

[30] Access to information is an important element of a modern democratic society. As this Court stated in *Criminal Lawyers' Association*:

Access to information in the hands of public institutions can increase transparency in government, contribute to an informed public, and enhance an open and democratic society. Some information in the hands of those institutions is, however, entitled to protection in order to prevent the impairment of those very principles and promote good governance. [para. 1]

[31] One of the purposes of *FOIPP* is “to allow individuals, subject to limited and specific exceptions as set out in this Act, a right of access to personal information about themselves that is held by a public body” (s. 2(c)). As the language of s. 2(c) reveals, the statute does not grant unfettered access to records; requests for access are subject to certain exceptions.

[32] *FOIPP* also creates a process for conducting “independent reviews of decisions made by public bodies under this Act and the resolution of complaints under this Act” (s. 2(e)). In this regard, a person making a request for access to a record “may ask the Commissioner to review any decision, act or failure to act” of the head of a public body relating to the request (s. 65(1)). The Commissioner’s responsibilities include conducting investigations to ensure compliance with *FOIPP* (s. 53(1)(a)) and conducting inquiries to deal with requests for a review (s. 69(1)).

[33] At the heart of this appeal is s. 56(3) of *FOIPP*. Section 56 reads as follows:

**56(1)** In conducting an investigation under section 53(1)(a) or an inquiry under section 69 or 74.5 or

pas avec la règle du sens ordinaire, ni n’abandonne la méthode moderne.

C. *La Freedom of Information and Protection of Privacy Act*

[30] L’accès à l’information constitue un élément important d’une société démocratique moderne. Comme le dit la Cour dans *Criminal Lawyers’ Association* :

L’accès à l’information détenue par les institutions publiques peut accroître la transparence du gouvernement, aider le public à se former une opinion éclairée et favoriser une société ouverte et démocratique. Certains renseignements détenus par ces institutions doivent toutefois être protégés pour empêcher une atteinte à ces mêmes principes et promouvoir une bonne gouvernance. [par. 1]

[31] L’un des objets de la *FOIPP* est [TRADUCTION] « d’accorder au citoyen, sous réserve de certaines exceptions précises prévues dans la présente loi, un droit d’accès aux renseignements personnels le concernant détenus par un organisme public » (al. 2(c)). Il appert de ce libellé que la loi n’octroie pas un accès illimité aux documents; les demandes d’accès peuvent se heurter à certaines exceptions.

[32] La *FOIPP* établit également une procédure pour mener [TRADUCTION] « des révisions indépendantes de décisions rendues par des organismes publics en vertu de la présente loi et pour le règlement des plaintes formulées au titre de la présente loi » (al. 2(e)). À cet égard, la personne qui sollicite l’accès à un document « peut demander au commissaire de réviser toute décision, action ou omission » du responsable de l’organisme public en cause se rapportant à sa demande d’accès (par. 65(1)). Au nombre des attributions du commissaire, mentionnons la tenue d’enquêtes pour assurer le respect de la *FOIPP* (al. 53(1)(a)) et pour donner suite à des demandes de révision (par. 69(1)).

[33] La disposition visée par le présent pourvoi est le par. 56(3) de la *FOIPP*. L’article 56 est libellé comme suit :

[TRADUCTION] **56(1)** Lorsqu’il mène une enquête au titre de l’alinéa 53(1)(a) ou des articles 69 ou 74.5 ou

in giving advice and recommendations under section 54, the Commissioner has all the powers, privileges and immunities of a commissioner under the *Public Inquiries Act* and the powers given by subsection (2) of this section.

(2) The Commissioner may require any record to be produced to the Commissioner and may examine any information in a record, including personal information whether or not the record is subject to the provisions of this Act.

(3) Despite any other enactment or any privilege of the law of evidence, a public body must produce to the Commissioner within 10 days any record or a copy of any record required under subsection (1) or (2).

The primary issue in this case is whether s. 56(3) of *FOIPP* requires a public body to produce to the Commissioner records over which solicitor-client privilege is claimed, to review the validity of the claim. This appeal therefore deals with the obligation of the University to disclose solicitor-client privileged documents to the Commissioner for review. This appeal does not raise the issue of whether the Commissioner may order the disclosure of solicitor-client privileged documents to the applicant.

#### D. Solicitor-Client Privilege

[34] It is indisputable that solicitor-client privilege is fundamental to the proper functioning of our legal system and a cornerstone of access to justice (*Blood Tribe*, at para. 9). Lawyers have the unique role of providing advice to clients within a complex legal system (*McClure*, at para. 2). Without the assurance of confidentiality, people cannot be expected to speak honestly and candidly with their lawyers, which compromises the quality of the legal advice they receive (see *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, at para. 46). It is therefore in the public interest to protect solicitor-client privilege. For this reason, “privilege is jealously guarded and should only be set aside in the most unusual circumstances” (*Pritchard*, at para. 17).

qu’il donne des conseils ou fait des recommandations au titre de l’article 54, le commissaire est investi des mêmes pouvoirs, privilèges et immunités qu’un commissaire nommé en vertu de la *Public Inquiries Act*, ainsi que des pouvoirs énoncés au paragraphe (2) du présent article.

(2) Le commissaire peut exiger la production de tout document et peut examiner les renseignements qui y sont contenus, y compris les renseignements personnels, que le document soit visé ou non par les dispositions de la présente loi.

(3) Malgré toute autre loi ou tout privilège que reconnaît le droit de la preuve, l’organisme public produit dans les dix jours l’original ou une copie des documents exigés par le commissaire en vertu des paragraphes (1) ou (2).

La principale question en litige en l’espèce est celle de savoir si le par. 56(3) de la *FOIPP* exige d’un organisme public qu’il produise des documents afin que le commissaire puisse se prononcer sur l’application du secret professionnel de l’avocat invoqué à leur égard. L’objet du pourvoi est donc l’obligation de l’Université de communiquer au commissaire, en vue de leur examen, des documents à l’égard desquels est invoqué le secret professionnel de l’avocat. Il ne s’agit pas de savoir si le commissaire peut ordonner que des documents protégés par le secret professionnel de l’avocat soient communiqués à l’auteur de la demande.

#### D. Le secret professionnel de l’avocat

[34] Le secret professionnel de l’avocat est incontestablement essentiel au bon fonctionnement du système de justice et constitue l’une des pierres d’assise de l’accès à la justice (*Blood Tribe*, par. 9). L’avocat exerce la fonction unique de conseiller ses clients dans le cadre d’un système de justice complexe (*McClure*, par. 2). Sans garantie de confidentialité, on ne saurait être assuré qu’une personne se confiera avec honnêteté et franchise à son avocat, ce qui nuirait à la qualité des conseils juridiques (voir *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, par. 46). Il est donc dans l’intérêt public de protéger le secret professionnel de l’avocat. C’est pourquoi « [il] est jalousement protégé et ne doit être levé que dans les circonstances les plus exceptionnelles » (*Pritchard*, par. 17).

[35] Further, solicitor-client privilege belongs to the client, not to the lawyer (*Canada (Attorney General) v. Chambre des notaires du Québec*, 2016 SCC 20, [2016] 1 S.C.R. 336, at para. 48; *Blood Tribe*, at para. 9). Seen through the eyes of the client, compelled disclosure to an administrative officer alone constitutes an infringement of the privilege (*Blood Tribe*, at para. 21). Therefore, compelled disclosure to the Commissioner for the purpose of verifying solicitor-client privilege is itself an infringement of the privilege, regardless of whether or not the Commissioner may disclose the information onward to the applicant.

[36] In this regard, it is noteworthy that the Commissioner is not an impartial adjudicator of the same nature as a court. *FOIPP* empowers the Commissioner to exercise both adjudicative and investigatory functions. Unlike a court, the Commissioner can become adverse in interest to a public body. The Commissioner may take a public body to court and become a party in litigation against a public body that refuses to disclose information. These features of the Commissioner's powers further indicate that disclosure to the Commissioner is itself an infringement of solicitor-client privilege.

#### E. Application

[37] The key issue in this case is whether s. 56(3) of *FOIPP*, which requires a public body to produce to the Commissioner records “[d]espite . . . any privilege of the law of evidence”, allows the Commissioner to review documents that the University claims are protected by solicitor-client privilege. I conclude that “any privilege of the law of evidence” is not sufficiently clear and precise to set aside or permit an infringement of solicitor-client privilege.

#### (1) Solicitor-Client Privilege Is Not Merely a Rule of Evidence

[38] First, it is well established that solicitor-client privilege has evolved from a rule of evidence to a rule

[35] En outre, le secret professionnel de l’avocat s’applique au bénéficiaire du client, non de l’avocat (*Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20, [2016] 1 R.C.S. 336, par. 48; *Blood Tribe*, par. 9). Vue avec les yeux du client, la communication forcée à un fonctionnaire constitue à elle seule une atteinte au privilège (*Blood Tribe*, par. 21). La communication forcée de documents au commissaire afin qu’il vérifie l’application du secret professionnel de l’avocat porte donc atteinte en soi au privilège, que le commissaire communique ou non par la suite les documents à l’auteur de la demande.

[36] À cet égard, il convient de signaler que le commissaire n’est pas un décideur impartial au même titre qu’une cour de justice. La *FOIPP* lui attribue à la fois une fonction juridictionnelle et un pouvoir d’enquête. Contrairement à une cour de justice, le commissaire peut avoir des intérêts opposés à ceux de l’organisme public. Il peut traduire ce dernier en justice et devenir partie à l’instance engagée contre lui lorsqu’il refuse de communiquer de l’information. On peut dès lors conclure que la communication de l’information au commissaire constitue en soi une atteinte au secret professionnel de l’avocat.

#### E. Application

[37] En l’espèce, la question centrale est celle de savoir si le par. 56(3) de la *FOIPP*, qui requiert d’un organisme public qu’il produise les documents demandés par la Commissaire [TRADUCTION] « [m]algré [. . .] tout privilège que reconnaît le droit de la preuve », permet à la Commissaire d’examiner les documents dont l’Université allègue qu’ils sont protégés par le secret professionnel de l’avocat. Je conclus que l’expression « tout privilège que reconnaît le droit de la preuve » n’est pas suffisamment claire et précise pour écarter le secret professionnel de l’avocat ou permettre qu’on y porte atteinte.

#### (1) Le secret professionnel de l’avocat n’est pas seulement une règle de preuve

[38] D’abord, il est bien établi que le secret professionnel de l’avocat a évolué : d’une règle de preuve,

of substance (*Blood Tribe*, at para. 10; *Thompson*, at para. 17; *Chambre des notaires*, at para. 28). Further, as indicated above, some even suggest that the Court has granted it a quasi-constitutional status.

[39] Formerly, solicitor-client privilege as a rule of evidence meant that a client and his or her lawyer were not required to tender confidential communications into evidence in a judicial proceeding (*Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at p. 876, citing R. Cross, *Cross on Evidence* (5th ed. 1979), at p. 282). As R. D. Manes and M. P. Silver state in *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law* (1993), at p. 2:

The origin of the law of privilege goes back to Tudor times in England, and originated as a respect for the oath and honour of a lawyer who was duty-bound to guard the client's secrets. At first, the duty was restricted to an exemption only from testimonial compulsion, that is, the right of the lawyer or client to refuse to testify in court regarding confidential communications. [Emphasis added; footnote omitted.]

In its early days, solicitor-client privilege was restricted in operation to an exemption from testimonial compulsion (*Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at p. 834).

[40] As early as *Solosky*, however, this Court recognized that solicitor-client privilege had been placed “on a new plane”, and extended beyond the courtroom context (p. 836). Two years later, in *Descôteaux*, this Court elaborated on solicitor-client privilege as a substantive rule and formulated it as follows:

1. The confidentiality of communications between solicitor and client may be raised in any circumstances where such communications are likely to be disclosed without the client's consent.
2. Unless the law provides otherwise, when and to the extent that the legitimate exercise of a right would interfere with another person's right to have his communications with his lawyer kept confidential, the resulting conflict should be resolved in favour of protecting the confidentiality.

il est devenu une règle de fond (*Blood Tribe*, par. 10; *Thompson*, par. 17; *Chambre des notaires*, par. 28). Qui plus est, rappelons que, selon certains, la Cour lui reconnaît même un caractère quasi constitutionnel.

[39] Lorsqu'il ne constituait qu'une règle de preuve, le secret professionnel de l'avocat faisait en sorte que le client et son avocat n'avaient pas à produire leurs communications confidentielles en preuve dans le cadre d'une instance judiciaire (*Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, p. 876, citant R. Cross, *Cross on Evidence* (5<sup>e</sup> éd. 1979), p. 282). Comme l'écrivent R. D. Manes et M. P. Silver dans *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law* (1993), p. 2 :

[TRADUCTION] Le droit du privilège remonte au règne des Tudor en Angleterre et s'entendait alors du respect du serment et de l'honneur de l'avocat tenu de ne pas révéler les confidences de son client. Au départ, il ne s'agissait que d'une exception à l'obligation de témoigner, soit le droit de l'avocat ou du client de refuser de témoigner devant le tribunal relativement à des communications confidentielles. [Je souligne; note en bas de page omise.]

Au début de son existence, le secret professionnel de l'avocat ne valait qu'à l'encontre de l'obligation de témoigner (*Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, p. 834).

[40] Toutefois, dès l'arrêt *Solosky*, la Cour a reconnu que le secret professionnel de l'avocat se retrouve « sur un plan nouveau » et qu'il ne s'applique plus seulement en salle d'audience (p. 836). Deux ans plus tard, dans l'arrêt *Descôteaux*, la Cour apportait les précisions suivantes sur le secret professionnel de l'avocat en tant que règle de fond :

1. La confidentialité des communications entre client et avocat peut être soulevée en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client;
2. À moins que la loi n'en dispose autrement, lorsque et dans la mesure où l'exercice légitime d'un droit porterait atteinte au droit d'un autre à la confidentialité de ses communications avec son avocat, le conflit qui en résulte doit être résolu en faveur de la protection de la confidentialité;

3. When the law gives someone the authority to do something which, in the circumstances of the case, might interfere with that confidentiality, the decision to do so and the choice of means of exercising that authority should be determined with a view to not interfering with it except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation.
4. Acts providing otherwise in situations under paragraph 2 and enabling legislation referred to in paragraph 3 must be interpreted restrictively. [p. 875]

Thus, the substantive rule expanded the circumstances in which solicitor-client privilege applies, and also introduced protections governing when the privilege can be abrogated, set aside or infringed.

[41] Following *Descôteaux*, this Court has found solicitor-client privilege to apply in circumstances outside the courtroom, including search and seizure of documents in a lawyer's office (*Lavallee; Maranda v. Richer*, 2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401) and disclosure of documents in the context of access to information legislation (*Blood Tribe; Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, 2006 SCC 31, [2006] 2 S.C.R. 32; *Criminal Lawyers' Association*). In its modern form, solicitor-client privilege is not merely a rule of evidence; it is "a rule of evidence, an important civil and legal right and a principle of fundamental justice in Canadian law" (*Lavallee*, at para. 49).

[42] I find that the present case engages solicitor-client privilege in its substantive, rather than evidentiary, context. This case is not occupied with the tendering of privileged materials as evidence in a judicial proceeding. Rather, it deals with disclosure of documents pursuant to a statutorily established access to information regime, separate from a legal proceeding. While it is true that the person who applied for the information was initially seeking the

3. Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité, la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante;
4. La loi qui en disposerait autrement dans les cas du deuxième paragraphe ainsi que la loi habilitante du paragraphe trois doivent être interprétées restrictivement. [p. 875]

Ainsi, la règle de fond a élargi les circonstances dans lesquelles le secret professionnel de l'avocat s'applique et a aussi instauré des protections gouvernant les conditions auxquelles le privilège peut être supprimé, écarté ou faire l'objet d'une atteinte.

[41] Dans la foulée de l'arrêt *Descôteaux*, la Cour a conclu que le secret professionnel de l'avocat ne s'applique pas qu'en salle d'audience et qu'il vaut notamment pour la saisie et la perquisition effectuées dans un cabinet d'avocats (*Lavallee; Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401), ainsi que pour la communication de documents dans le cadre de l'application des dispositions sur l'accès à l'information (*Blood Tribe; Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, 2006 CSC 31, [2006] 2 R.C.S. 32; *Criminal Lawyers' Association*). Dans sa forme moderne, le secret professionnel de l'avocat ne s'entend plus uniquement d'une règle de preuve; il constitue « une règle de preuve, un droit civil important ainsi qu'un principe de justice fondamentale en droit canadien » (*Lavallee*, par. 49).

[42] J'estime que la présente affaire met en jeu le secret professionnel de l'avocat sur le plan du fond plutôt que sur celui de la preuve. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où nous avons à traiter du dépôt en preuve de documents protégés dans le cadre d'une procédure judiciaire. Nous avons plutôt affaire à la communication de documents en application d'un régime d'accès à l'information établi par une loi, indépendamment d'une instance judiciaire.

information for use as evidence in separate litigation against the University, her lawsuit has since ended. In addition, the Privacy Commissioner is not seeking to review the solicitor-client privileged information as evidence in order to decide a legal dispute. The disclosure of the information in this context is therefore not related to the “evidentiary privilege”. Rather, disclosure in this case is more akin to the review of mail being delivered to prison inmates, which this Court addressed in *Solosky*. In that case, as it was described in *Descôteaux*, the Court “applied a standard that has nothing to do with the rule of evidence . . . since there was never any question of testimony before a tribunal or court” (p. 875). Equally, the absence of such a question here highlights the engagement of solicitor-client privilege in its substantive, rather than evidentiary, role.

[43] This Court has repeatedly affirmed that, as a substantive rule, solicitor-client privilege must remain as close to absolute as possible and should not be interfered with unless absolutely necessary (*Chambre des notaires*, at para. 28, citing *Lavallee*, at paras. 36-37, *McClure*, at para. 35, *R. v. Brown*, 2002 SCC 32, [2002] 2 S.C.R. 185, at para. 27, and *Goodis*, at para. 15). Within the evidentiary context of criminal proceedings, for example, the substantive nature of solicitor-client privilege has been interpreted as meaning the privilege only yields in “certain clearly defined circumstances, and does not involve a balancing of interests on a case-by-case basis” (*McClure*, at para. 35). These limited categories, which will only be satisfied in rare circumstances, include the accused’s right to make full answer and defence (*McClure*; *Brown*) and where public safety is at stake (*Smith*).

[44] Given that this Court has consistently and repeatedly described solicitor-client privilege as a substantive rule rather than merely an evidentiary rule, I am of the view that the expression “privilege of the law of evidence” does not adequately identify the broader substantive interests protected by

Il est vrai que l’auteur de la demande cherchait au départ à obtenir les documents pour les utiliser en preuve dans un litige distinct qui l’opposait à l’Université, mais sa poursuite a depuis lors connu son dénouement. En outre, la Commissaire n’entend pas examiner les documents protégés par le secret professionnel de l’avocat comme s’il s’agissait d’une preuve à partir de laquelle serait tranché un litige. Dans le cas qui nous occupe, la communication n’a donc aucun lien avec le « privilège en matière de preuve ». Elle s’apparente plutôt au contrôle du courrier destiné à une personne détenue dans un pénitencier, ce sur quoi la Cour s’est prononcée dans *Solosky*. Pour reprendre la formulation employée dans *Descôteaux*, la Cour « appliquait une norme qui n’a rien à voir avec la règle de preuve [. . .] puisqu’en rien n’y était-il question de témoignages devant un tribunal quelconque » (p. 875). De la même façon, l’absence d’une telle question en l’espèce fait ressortir l’application du secret professionnel de l’avocat en tant que règle de fond, plutôt que comme règle de preuve.

[43] La Cour a maintes fois confirmé que, à titre de règle de fond, le secret professionnel de l’avocat doit demeurer aussi absolu que possible et qu’on ne doit y porter atteinte qu’en cas de nécessité absolue (*Chambre des notaires*, par. 28, citant *Lavallee*, par. 36-37, *McClure*, par. 35, *R. c. Brown*, 2002 CSC 32, [2002] 2 R.C.S. 185, par. 27, *Goodis*, par. 15). Dans le cas, par exemple, de la preuve offerte dans une poursuite criminelle, on a jugé que l’assimilation du secret professionnel de l’avocat à une règle de fond faisait en sorte qu’il ne cède le pas que « dans certaines circonstances bien définies et ne nécessite pas une évaluation des intérêts dans chaque cas » (*McClure*, par. 35). Ces circonstances, qui ne se présentent que rarement, comprennent celles où l’accusé a droit à une défense pleine et entière (*McClure*; *Brown*) et celles où la sécurité publique est en jeu (*Smith*).

[44] Étant donné que, maintes fois et avec constance, la Cour a considéré le secret professionnel de l’avocat plus comme une règle de fond qu’une simple règle de preuve, j’estime que l’expression [TRADUCTION] « privilège que reconnaît le droit de la preuve » n’identifie pas comme elle le devrait les

solicitor-client privilege. This expression is therefore not sufficiently clear, explicit and unequivocal to evince legislative intent to set aside solicitor-client privilege. In contrast, some categories of privilege, such as spousal communication privilege, religious communication privilege and the privilege over settlement discussions, only operate in the evidentiary context of a court proceeding. Such privileges clearly fall squarely within the scope of “privilege of the law of evidence”.

[45] In this regard, it is noteworthy that s. 56(3) of *FOIPP* was first enacted in its present form in 1994, in the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.A. 1994, c. F-18.5, s. 54(3). At that time, the elevation of solicitor-client privilege from a privilege of the law of evidence into a substantive privilege had been well established in the jurisprudence for over a decade.

(2) *Blood Tribe* Does Not Stand for the Proposition That Solicitor-Client Privilege Is a “Privilege of the Law of Evidence”

[46] The Commissioner argues that, according to *Blood Tribe*, the phrase “any privilege of the law of evidence” is sufficiently clear and precise to abrogate solicitor-client privilege. In *Blood Tribe*, the provision at issue was s. 12 of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 (“*PIPEDA*”), which permitted the Privacy Commissioner of Canada to compel the production of any record “in the same manner and to the same extent as a superior court of record” (now s. 12.1; see S.C. 2010, c. 23, s. 83). This Court concluded that s. 12 of *PIPEDA* amounted to a general production provision and was not sufficiently express to abrogate solicitor-client privilege (para. 21).

intérêts substantiels larges protégés par le secret professionnel de l’avocat. Cette expression n’est donc pas suffisamment claire, explicite et non équivoque pour traduire l’intention du législateur d’écarter le secret professionnel de l’avocat. À l’opposé, certaines catégories de privilèges, notamment le privilège relatif aux communications entre époux, celui qui intervient dans un contexte religieux et le privilège relatif aux échanges préalables à un règlement, ne s’appliquent que dans le cadre de la preuve dans une instance judiciaire. De tels privilèges sont assurément visés par l’expression « privilège que reconnaît le droit de la preuve ».

[45] À cet égard, il convient de mentionner que le par. 56(3) de la *FOIPP* a été édicté dans sa forme actuelle dès 1994 dans la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.A. 1994, c. F-18.5, par. 54(3). La jurisprudence établissait alors fort bien, et ce, depuis plus d’une décennie, que le secret professionnel de l’avocat était passé d’un privilège reconnu en droit de la preuve à un privilège de fond.

(2) L’arrêt *Blood Tribe* n’appuie pas la proposition selon laquelle le secret professionnel de l’avocat constitue un « privilège que reconnaît le droit de la preuve »

[46] La Commissaire soutient que, selon l’arrêt *Blood Tribe*, l’énoncé « tout privilège que reconnaît le droit de la preuve » est suffisamment clair et précis pour supprimer le secret professionnel de l’avocat. Dans cette affaire, la disposition en cause était l’art. 12 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5 (« *LPRPDE* »), qui permettait à la Commissaire à la protection de la vie privée du Canada d’obliger une personne à produire tout document « de la même façon et dans la même mesure qu’une cour supérieure d’archives » (actuel art. 12.1; voir L.C. 2010, c. 23, art. 83). La Cour a conclu que l’article constituait une disposition de nature générale en matière de production de documents et que son libellé n’était pas suffisamment explicite pour supprimer le secret professionnel de l’avocat (par. 21).

[47] In *Blood Tribe*, the Privacy Commissioner of Canada argued that her investigatory powers under *PIPEDA* should be interpreted consistently with her powers under the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, which allowed her to examine information notwithstanding “any privilege under the law of evidence” (s. 34(2)). Justice Binnie, writing for the Court, rejected this argument. He observed that the Privacy Commissioner of Canada’s powers under *PIPEDA* and the *Privacy Act* were not the same since, unlike the general production provision in *PIPEDA*, s. 34(2) of the *Privacy Act* contained “explicit language granting access to confidences” (para. 28).

[48] In this appeal, the Commissioner now argues that s. 34(2) of the *Privacy Act*, which Justice Binnie observed contained “explicit language granting access to confidences”, is very similar to the provision presently at issue. Section 34(2) of the *Privacy Act* reads as follows:

(2) Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Privacy Commissioner may, during the investigation of any complaint under this Act, examine any information recorded in any form under the control of a government institution, other than a confidence of the Queen’s Privy Council for Canada to which subsection 70(1) applies, and no information that the Commissioner may examine under this subsection may be withheld from the Commissioner on any grounds.

[49] I do not accept the Commissioner’s argument that *Blood Tribe* supports her interpretation, for two reasons. First, this Court specifically acknowledged in *Blood Tribe* that the scope of s. 34(2) of the *Privacy Act* was not at issue, and that “[t]he proper interpretation of s. 34(2) must await a case in which it is squarely raised” (para. 29). In *Blood Tribe*, this Court turned to s. 34(2) merely to demonstrate that

[47] Dans *Blood Tribe*, la Commissaire à la protection de la vie privée du Canada soutenait que l’interprétation de ses pouvoirs d’enquête suivant la *LPRPDE* devait être compatible avec celle des pouvoirs que lui conférait par ailleurs la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21, qui permettait l’examen des renseignements malgré « toute immunité reconnue par le droit de la preuve » (par. 34(2)). S’exprimant au nom de la Cour, le juge Binnie rejette l’argument. Il fait observer que les pouvoirs conférés à la Commissaire à la protection de la vie privée du Canada par la *LPRPDE* diffèrent de ceux dont l’investit la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, car contrairement à la disposition de nature générale de la *LPRPDE* sur la production de documents, le par. 34(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* renferme une « disposition explicite permettant l’accès aux renseignements confidentiels » (par. 28).

[48] Dans la présente affaire, la Commissaire fait aujourd’hui valoir que le par. 34(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, dont le juge Binnie dit qu’elle renferme une « disposition explicite permettant l’accès aux renseignements confidentiels », est très semblable à la disposition considérée en l’espèce. En voici le libellé :

(2) Nonobstant toute autre loi fédérale ou toute immunité reconnue par le droit de la preuve, le Commissaire à la protection de la vie privée a, pour les enquêtes qu’il mène en vertu de la présente loi, accès à tous les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, qui relèvent d’une institution fédérale, à l’exception des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada auxquels s’applique le paragraphe 70(1); aucun des renseignements auxquels il a accès en vertu du présent paragraphe ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé.

[49] Je ne puis accepter l’argument de la Commissaire voulant que l’arrêt *Blood Tribe* appuie cette interprétation, et ce, pour deux raisons. D’abord, la Cour reconnaît expressément dans *Blood Tribe* que la portée du par. 34(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne fait pas l’objet du litige et que « [l]a question de l’interprétation correcte du par. 34(2) [de cette loi] sera tranchée

the powers of the Privacy Commissioner of Canada were not the same under *PIPEDA* and the *Privacy Act* in response to an argument raised by the Privacy Commissioner (paras. 28-29). The Court in *Blood Tribe* did not lay out definitive criteria with respect to the words contained in s. 34(2) of the *Privacy Act*.

[50] Second, while the terms “privilege under the law of evidence” or “privilege of the law of evidence” contain explicit language granting access to some confidences, as Justice Binnie acknowledged, I am of the view that they do not clearly set aside or permit to infringe solicitor-client privilege. As I have discussed, solicitor-client privilege is not merely a rule of evidence, having been elevated to a rule of substance. Further, a contextual interpretation of s. 56(3) within the scheme of *FOIPP* supports the conclusion that the legislature did not intend to set aside solicitor-client privilege.

(3) The Statutory Scheme Supports a Finding That Solicitor-Client Privilege Is Not Set Aside

[51] In addition to the lack of clear, explicit and unequivocal language in the provision, a reading of s. 56(3) in the context of the statute as a whole supports the conclusion that the legislature did not intend to set aside solicitor-client privilege.

[52] First, s. 27(1) of *FOIPP* unequivocally establishes that a public body may refuse to disclose solicitor-client privileged documents:

**27(1)** The head of a public body may refuse to disclose to an applicant

lorsqu’elle sera posée directement, dans le cadre d’un autre pourvoi » (par. 29). Dans *Blood Tribe*, la Cour ne considère le par. 34(2) que pour faire la démonstration que les pouvoirs conférés à la Commissaire à la protection de la vie privée du Canada par la *LPRPDE* diffèrent de ceux dont l’investit la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, et ce, afin de réfuter la thèse de la Commissaire à la protection de la vie privée du Canada (par. 28-29). Dans cet arrêt, la Cour n’énonce pas de critères définitifs concernant le libellé du par. 34(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

[50] Ensuite, si comme le reconnaît le juge Binnie, les énoncés « toute immunité reconnue par le droit de la preuve » ou « tout privilège que reconnaît le droit de la preuve » confèrent explicitement un droit d’accès à certains renseignements confidentiels, j’estime qu’ils n’écartent pas clairement le secret professionnel de l’avocat, ni ne permettent clairement d’y porter atteinte. Rappelons que le secret professionnel de l’avocat n’est pas qu’une simple règle de preuve puisqu’il a été élevé au rang de règle de fond. En outre, l’interprétation contextuelle du par. 56(3) au regard du régime établi par la *FOIPP* appuie la conclusion selon laquelle le législateur n’a pas voulu écarter le secret professionnel de l’avocat.

(3) Le régime législatif étaye la conclusion selon laquelle le secret professionnel de l’avocat n’est pas écarté

[51] Outre l’absence au par. 56(3) d’un libellé clair, explicite et non équivoque, l’interprétation de la disposition dans le contexte global de la loi confirme également que le législateur n’a pas voulu écarter le secret professionnel de l’avocat.

[52] Premièrement, le par. 27(1) de la *FOIPP* établit sans conteste qu’un organisme public peut refuser de communiquer des documents protégés par le secret professionnel de l’avocat :

[TRADUCTION] **27(1)** Le responsable de l’organisme public peut refuser de communiquer à l’auteur d’une demande :

- (a) information that is subject to any type of legal privilege, including solicitor-client privilege or parliamentary privilege.

Section 27(1) recognizes and protects a public body's right to solicitor-client privilege, using the term "solicitor-client privilege". This indicates that the legislature had turned its mind to the specific issue of solicitor-client privilege and was alive to its significance. If the legislature had intended s. 56(3) to compel a public body to produce to the Commissioner documents over which solicitor-client privilege is asserted, it could have used clear, explicit and unequivocal language, as it did in s. 27(1) of the same statute where it granted public bodies a right to assert solicitor-client privilege over information. When setting out the Commissioner's production powers, the legislation did not use equally precise language that would set aside the privilege for the Commissioner, or permit her to infringe it.

[53] In addition, the use of the term "privilege of the law of evidence" in s. 56(3) in contrast to "legal privilege" in s. 27(1) is significant, since legislatures are presumed to use expressions consistently within a statute (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at §8.36). Therefore, where different terms are used in a single piece of legislation, they must be understood to have different meanings; otherwise the legislature would have employed only one term or the other (*Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at para. 81; *R. v. Barnier*, [1980] 1 S.C.R. 1124, at pp. 1135-36). If the legislature intended to allow the Commissioner to compel the production of documents over which solicitor-client privilege is asserted under s. 56(3), it could have done so using the words it used in s. 27(1) rather than the phrase "privilege of the law of evidence".

[54] Second, this interpretation is a coherent one. In the context of *FOIPP*, the term "legal privilege" is a broader category than "privilege of the law of

- (a) les renseignements qui sont protégés par tout type de privilège légal, notamment le secret professionnel de l'avocat et le privilège parlementaire.

Au paragraphe 27(1), le législateur reconnaît et protège le droit de l'organisme public au secret professionnel de l'avocat en utilisant l'expression « secret professionnel de l'avocat ». Cela démontre qu'il a considéré cet aspect précis et qu'il était conscient de son importance. S'il avait voulu que le par. 56(3) oblige un organisme public à produire, sur demande du commissaire, des documents à l'égard desquels le secret professionnel de l'avocat est invoqué, il aurait pu employer des termes clairs, explicites et non équivoques en ce sens, comme il le fait au par. 27(1) de la même loi, où il reconnaît à l'organisme public le droit d'invoquer le secret professionnel de l'avocat à l'égard de renseignements. Lorsqu'il établit les pouvoirs du commissaire concernant la production de documents, le législateur n'emploie pas un libellé aussi précis qui écarterait le privilège vis-à-vis du commissaire ou qui lui permettrait d'y porter atteinte.

[53] De plus, l'emploi de l'expression [TRADUCTION] « privilège que reconnaît le droit de la preuve » au par. 56(3), par opposition à celle de « privilège légal » au par. 27(1), est important, car le législateur est présumé utiliser une expression de façon uniforme dans un même texte de loi (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6<sup>e</sup> éd. 2014), §8.36). Les termes différents employés dans un même texte législatif sont donc censés avoir des sens différents. Si tel n'était pas le cas, le législateur n'aurait employé qu'un seul de ces termes (*Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, par. 81; *R. c. Barnier*, [1980] 1 R.C.S. 1124, p. 1135-1136). Si le législateur avait voulu permettre au commissaire d'exiger la production de documents à l'égard desquels le secret professionnel de l'avocat est invoqué, il aurait pu le faire au par. 56(3) en employant les mêmes termes qu'au par. 27(1) au lieu de l'expression « privilège que reconnaît le droit de la preuve ».

[54] Deuxièmement, il s'agit d'une interprétation cohérente. Dans le contexte de la *FOIPP*, « privilège légal » a une portée plus grande que « privilège

evidence”. As Professor Sullivan states, “[t]he purpose of a list of examples following the word ‘including’ is normally to emphasize the broad range of general language and to ensure that it is not inappropriately read down so as to exclude something that is meant to be included” (§4.39). In the case of s. 27(1), the general language of the phrase “any type of legal privilege” is followed by “including solicitor-client privilege or parliamentary privilege” to ensure that those two sources of privilege, among the most highly protected privileges, are included. This provision clearly demonstrates the legislature’s intent to protect a broad range of privileged documents from forced disclosure by a public body to an applicant.

[55] “[A]ny privilege of the law of evidence” is a narrower category falling within the scope of “legal privilege”. Under s. 56(3), a public body is required to produce to the Commissioner documents over which a “privilege of the law of evidence” is claimed to assess the validity of the privilege.

[56] Read together, ss. 27(1) and 56(3) provide that a public body can refuse to disclose documents subject to any “legal privilege”. The Commissioner can obtain production of some privileged documents for review, namely those over which a “privilege of the law of evidence” is asserted, and can adjudicate claims of privilege in those cases.

[57] Solicitor-client privilege is clearly a “legal privilege” under s. 27(1), but not clearly a “privilege of the law of evidence” under s. 56(3). As discussed, the expression “privilege of the law of evidence” is not sufficiently precise to capture the broader substantive importance of solicitor-client privilege. Therefore, the head of a public body may refuse to disclose such information pursuant to s. 27(1), and the Commissioner cannot compel its disclosure for review under s. 56(3). This simply means that the

que reconnaît le droit de la preuve ». Comme l’écrit la professeure Sullivan, [TRADUCTION] « [l]’énumération d’exemples après le mot “notamment” vise normalement à souligner la portée étendue d’un libellé général et à faire en sorte qu’il ne fasse pas l’objet à tort d’une interprétation atténuée de manière à exclure une chose que le législateur a voulu inclure » (§4.39). Au paragraphe 27(1), le libellé général [TRADUCTION] « tout type de privilège légal » est suivi des mots « notamment le secret professionnel de l’avocat et le privilège parlementaire » afin d’inclure ces deux immunités qui figurent parmi celles qui sont les mieux protégées. Cette disposition démontre clairement l’intention du législateur de protéger une vaste gamme de documents privilégiés contre leur communication forcée par un organisme public à l’auteur d’une demande.

[55] [TRADUCTION] « [T]out privilège que reconnaît le droit de la preuve » est une sous-catégorie de « privilège légal ». Suivant le par. 56(3), un organisme public peut être tenu de produire à l’intention du commissaire des documents à l’égard desquels est invoqué un « privilège que reconnaît le droit de la preuve » afin que le commissaire se prononce sur l’existence de celui-ci.

[56] Interprétés de pair, les par. 27(1) et 56(3) font en sorte qu’un organisme public peut refuser de communiquer un document qui fait l’objet d’un « privilège légal ». Le commissaire peut obtenir certains documents protégés en vue de leur examen, y compris ceux à l’égard desquels un [TRADUCTION] « privilège que reconnaît le droit de la preuve » est invoqué, et il peut alors se prononcer sur le bien-fondé de la revendication.

[57] Le secret professionnel de l’avocat constitue manifestement un « privilège légal » suivant le par. 27(1), mais non un [TRADUCTION] « privilège que reconnaît le droit de la preuve » au sens du par. 56(3). Je le rappelle, l’expression « privilège que reconnaît le droit de la preuve » n’est pas suffisamment précise pour traduire l’importance générale que revêt sur le fond le secret professionnel de l’avocat. Le responsable d’un organisme public peut donc refuser de communiquer des renseignements

Commissioner will not be able to review documents over which solicitor-client privilege is claimed. This result is consistent with the nature of solicitor-client privilege as a highly protected privilege.

[58] Third, given its fundamental importance, one would expect that if the legislature had intended to set aside solicitor-client privilege, it would have legislated certain safeguards to ensure that solicitor-client privileged documents are not disclosed in a manner that compromises the substantive right. In addition, there is no provision in *FOIPP* addressing whether disclosure of solicitor-client privileged documents to the Commissioner constitutes a waiver of privilege with respect to any other person. The absence from *FOIPP* of any guidance on when and to what extent solicitor-client privilege may be set aside suggests that the legislature did not intend to pierce the privilege.

[59] Overall, this does not mean that an applicant does not have recourse to other means to seek disclosure of documents over which solicitor-client privilege is claimed. It is noteworthy that, in this case, the applicant had the opportunity to do so through the courts in the context of the action she brought against the University. In the course of that action, however, she did not make such a request.

[60] I agree with my colleague Justice Cromwell that parallel legislation may assist in the interpretation of statutes. But words and phrases cannot be extricated from their specific statutory context and cross-applied automatically to other legislation. A closer look at British Columbia's *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 165, s. 44(3), in comparison with the statute at hand, demonstrates significant differences between the operational frameworks of the Alberta

en vertu du par. 27(1), et le commissaire ne peut le contraindre à les communiquer pour examen en vertu du par. 56(3). Cela signifie simplement que le commissaire ne pourra examiner les documents à l'égard desquels le secret professionnel de l'avocat est invoqué. La nature du secret professionnel de l'avocat en tant que privilège bénéficiant d'une grande protection est ainsi respectée.

[58] Troisièmement, étant donné l'importance fondamentale du secret professionnel de l'avocat, si le législateur avait voulu l'écarter, il aurait vraisemblablement établi certaines sauvegardes afin de faire en sorte que la communication de documents protégés par le secret professionnel de l'avocat n'intervienne pas de manière préjudiciable au droit substantiel. Qui plus est, aucune disposition de la *FOIPP* ne prévoit que la communication au commissaire d'un document protégé par le secret professionnel de l'avocat emporte renonciation au privilège. L'absence dans ce texte législatif de toute précision quant aux conditions auxquelles le privilège peut être écarté et à la mesure dans laquelle il peut l'être suggère que le législateur n'a pas voulu lever le secret professionnel de l'avocat.

[59] De façon générale, cela ne signifie pas que l'auteur d'une demande ne dispose pas d'autres moyens pour obtenir la communication de documents à l'égard desquels le secret professionnel de l'avocat est invoqué. Il convient de signaler que, dans la présente affaire, l'auteure de la demande a eu la possibilité de demander au tribunal la communication de tels documents dans le cadre de l'action qu'elle a intentée contre l'Université, mais qu'elle ne s'en est pas prévalu.

[60] Je conviens avec mon collègue le juge Cromwell que la prise en compte de dispositions parallèles d'autres lois peut offrir une certaine assistance dans l'interprétation d'un libellé législatif spécifique. Mais ni les mots ni les énoncés ne peuvent être isolés de leur contexte législatif et transposés d'emblée dans une autre loi. L'examen attentif de la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, c. 165, par. 44(3), au regard des dispositions visées

and British Columbia statutes, including with respect to the powers of the Commissioner:

### The Alberta Statute

#### **Powers of Commissioner in conducting investigations or inquiries**

**56(1)** In conducting an investigation under section 53(1)(a) or an inquiry under section 69 or 74.5 or in giving advice and recommendations under section 54, the Commissioner has all the powers, privileges and immunities of a commissioner under the *Public Inquiries Act* and the powers given by subsection (2) of this section.

(2) The Commissioner may require any record to be produced to the Commissioner and may examine any information in a record, including personal information whether or not the record is subject to the provisions of this Act.

(3) Despite any other enactment or any privilege of the law of evidence, a public body must produce to the Commissioner within 10 days any record or a copy of any record required under subsection (1) or (2).

### The British Columbia Statute

#### **Powers of commissioner in conducting investigations, audits or inquiries**

**44** (1) For the purposes of conducting an investigation or an audit under section 42 or an inquiry under section 56, the commissioner may make an order requiring a person to do either or both of the following:

(a) attend, in person or by electronic means, before the commissioner to answer questions on oath or affirmation, or in any other manner;

(b) produce for the commissioner a record in the custody or under the control of the person, including a record containing personal information.

(2) The commissioner may apply to the Supreme Court for an order

en l'espèce révèle des différences majeures entre le cadre d'application de la loi albertaine et celui de la loi britanno-colombienne, notamment au chapitre des pouvoirs du commissaire :

### La loi albertaine

#### [TRADUCTION] **Pouvoirs du commissaire en matière d'enquête**

**56(1)** Lorsqu'il mène une enquête au titre de l'alinéa 53(1)(a) ou des articles 69 ou 74.5 ou qu'il donne des conseils ou fait des recommandations au titre de l'article 54, le commissaire est investi des mêmes pouvoirs, privilèges et immunités qu'un commissaire nommé en vertu de la *Public Inquiries Act*, ainsi que des pouvoirs énoncés au paragraphe (2) du présent article.

(2) Le commissaire peut exiger la production de tout document et peut examiner les renseignements qui y sont contenus, y compris les renseignements personnels, que le document soit visé ou non par les dispositions de la présente loi.

(3) Malgré toute autre loi ou tout privilège que reconnaît le droit de la preuve, l'organisme public produit dans les dix jours l'original ou une copie des documents exigés par le commissaire en vertu des paragraphes (1) ou (2).

### La loi britanno-colombienne

#### [TRADUCTION] **Pouvoirs du commissaire en matière d'enquête et de vérification**

**44** (1) Pour les besoins d'une enquête ou d'une vérification entreprise sous le régime de l'article 42 ou d'une enquête fondée sur l'article 56, le commissaire peut rendre une ordonnance enjoignant à une personne de faire l'une ou l'autre des choses suivantes, ou les deux :

(a) se présenter personnellement ou par moyen électronique devant lui pour répondre à des questions sous serment ou sur la foi d'une déclaration solennelle, ou selon d'autres modalités;

(b) produire à son intention un document qu'elle a en sa possession, y compris un document renfermant des renseignements personnels.

(2) Le commissaire peut s'adresser à la cour suprême afin d'obtenir une ordonnance

(a) directing a person to comply with an order made under subsection (1), or

(b) directing any directors and officers of a person to cause the person to comply with an order made under subsection (1).

(2.1) If a person discloses a record that is subject to solicitor client privilege to the commissioner at the request of the commissioner, or under subsection (1), the solicitor client privilege of the record is not affected by the disclosure.

(3) Despite any other enactment or any privilege of the law of evidence, a public body must produce to the commissioner within 10 days any record or a copy of any record required under subsection (1).

[61] Unlike the legislation at hand, s. 44 of the British Columbia Act does not give the Commissioner broad powers to compel the production of records. Significantly, the British Columbia Commissioner does not have all the “powers, privileges and immunities of a commissioner under the *Public Inquiries Act*”. Instead, under s. 44(2) of the British Columbia statute, much of that power resides in a court of inherent jurisdiction — the traditional arbiter of solicitor-client privilege. Consequently, it is difficult to conceive a reading of s. 44(3) of the British Columbia Act that would ascribe to the British Columbia Commissioner the type of power the appellant Commissioner here purports to have without rendering s. 44(2) of the British Columbia statute nugatory.

[62] Further, nowhere in the British Columbia statute does the legislator reference “legal privilege” or the fact that solicitor-client privilege is a legal privilege. The interpretative conflict that is at the heart of this case therefore does not arise in the context of the British Columbia Act.

[63] The modern approach to statutory interpretation requires legislative texts to be read in their entire context. And resort to other texts from different jurisdictions may be helpful in determining what that entire context is. But resort to parallel

(a) enjoignant à une personne de se conformer à une ordonnance rendue sur le fondement du paragraphe (1) ou

(b) enjoignant aux administrateurs et aux dirigeants d’une personne de faire en sorte que cette personne se conforme à une ordonnance rendue sur le fondement du paragraphe (1).

(2.1) Lorsqu’une personne communique au commissaire, à la demande de ce dernier ou en application du paragraphe (1), un document auquel s’applique le secret professionnel de l’avocat, le secret professionnel de l’avocat continue de protéger le document malgré la communication.

(3) Malgré toute autre loi ou tout privilège que reconnaît le droit de la preuve, l’organisme public produit dans les dix jours l’original ou une copie des documents exigés par le commissaire en vertu du paragraphe (1).

[61] Contrairement à la disposition en cause en l’espèce, l’art. 44 de la loi britanno-colombienne n’investit pas le commissaire d’un grand pouvoir de contrainte lui permettant d’obtenir la production de documents. Fait important, le commissaire de l’autre province ne jouit pas des « mêmes pouvoirs, privilèges et immunités qu’un commissaire nommé en vertu de la *Public Inquiries Act* ». En fait, suivant le par. 44(2) de la loi britanno-colombienne, ce pouvoir appartient en grande partie à une cour dotée d’une juridiction inhérente, l’arbitre traditionnel en matière de secret professionnel de l’avocat. Il est donc difficile d’imaginer une interprétation du par. 44(3) qui attribuerait au commissaire britanno-colombien le pouvoir que la Commissaire appelante prétend détenir en l’espèce sans priver le par. 44(2) de tout effet.

[62] En outre, nulle part dans la loi britanno-colombienne le législateur ne fait mention d’un « privilège légal » ou n’indique que le secret professionnel de l’avocat constitue un privilège légal. Le conflit d’interprétations qui est au cœur du présent pourvoi ne se présente donc pas dans le cas de la loi britanno-colombienne.

[63] La méthode moderne d’interprétation des lois commande qu’un texte législatif soit considéré dans la totalité de son contexte. Le recours à d’autres textes de ressorts différents peut être utile dans la détermination de ce contexte global, mais

legislation does not trump other principles of statutory interpretation. Certainly, it would not trump the principle, explained at para. 53 above, that legislatures are presumed to use expressions consistently within an enactment. Indeed, as Professor Sullivan writes, “[o]bviously, the statutes of different jurisdictions cannot be regarded as constituting a single enactment” (§13.42).

[64] In my view, that resort must be made to an anterior provision of the British Columbia Act, s. 44(2), to shed light on the meaning of the phrase “privilege of the law evidence” appearing in s. 44(3) of that Act, hurts, rather than helps, the argument that this phrase is sufficiently clear, explicit and unequivocal to capture solicitor-client privilege. Indeed, if it were so clear, explicit and unequivocal, then s. 44(2.1) would be rendered largely meaningless. Moreover, that this anterior provision vests much of the production power in a court — as opposed to a commissioner with powers equivalent to those existing under the *Public Inquiries Act* — in a manner consistent with legislative respect for fundamental values, also militates against the appellant Commissioner’s desired interpretation in the case at hand. In fact, the very same contextual considerations operate against the appellant Commissioner in the case before us: an anterior provision, s. 27(1), explicitly permits a public body to refuse to produce documents covered by solicitor-client privilege with reference to the distinct concept of “legal privilege”, and the fact that the Commissioner need never ask a court to compel production of privileged documents would be inconsistent with the presumption of legislative respect for fundamental values.

[65] Therefore, assuming — without deciding — that, even if the phrase “privilege of the law of evidence” would be understood to include solicitor-client privilege once it is coloured by the relevant contextual considerations arising from the framework of the British Columbia Act, it cannot, so coloured, be imported into the Alberta statute with equivalent effect.

la consultation de dispositions parallèles ne saurait supplanter les autres principes d’interprétation des lois. Elle ne supplante assurément pas celui, expliqué au par. 53 des présents motifs, selon lequel le législateur est présumé employer une expression de manière uniforme dans un même texte de loi. La professeure Sullivan écrit en effet : [TRADUCTION] « [d]e toute évidence, on ne peut considérer que les lois de différents ressorts forment un seul texte de loi » (§13.42).

[64] À mon sens, l’obligation de s’en remettre à une autre disposition de la loi britanno-colombienne, soit le par. 44(2), pour clarifier la portée de l’expression [TRADUCTION] « privilège que reconnaît le droit de la preuve » qui figure au par. 44(3), est plutôt de nature à réfuter qu’à étayer la thèse selon laquelle cet énoncé est suffisamment clair, explicite et non équivoque pour englober le secret professionnel de l’avocat. En effet, s’il était si clair, explicite et non équivoque, le par. 44(2.1) serait essentiellement inutile. De plus, le fait que l’autre disposition confère une grande partie du pouvoir d’exiger la production de documents à une cour de justice, plutôt qu’à un commissaire investi de pouvoirs équivalents à ceux issus de la *Public Inquiries Act*, d’une manière compatible avec le respect législatif des valeurs fondamentales, milite également contre l’interprétation que préconise en l’espèce la Commissaire appelante. En somme, les mêmes éléments contextuels jouent contre la thèse qu’elle défend : une autre disposition, le par. 27(1), autorise expressément l’organisme public à refuser de produire un document protégé par le secret professionnel de l’avocat en renvoyant à la notion distincte de « privilège légal », et le fait que le commissaire n’est jamais tenu de demander à une cour de justice de contraindre un organisme à produire un document est incompatible avec la présomption du respect législatif des valeurs fondamentales.

[65] Partant, à supposer, mais sans en décider, que même si l’expression [TRADUCTION] « privilège que reconnaît le droit de la preuve » devait s’entendre entre autres du secret professionnel de l’avocat une fois pris en compte les éléments contextuels issus du cadre de la loi britanno-colombienne, elle ne pourrait, ainsi « colorée », être transposée dans la loi albertaine et avoir l’effet équivalent.

[66] I conclude this section in saying a word about the strict construction approach adopted by the Court of Appeal. While its approach bears some similarity with mine, I am not prepared, given the reasons expressed above, to say that *Blood Tribe* ousts the modern approach to statutory interpretation.

(4) Even if There Was Clear and Unambiguous Legislative Intent, This Was Not an Appropriate Case in Which to Order Disclosure

[67] Lastly, even if the language of s. 56(3) did clearly evince legislative intent to set aside solicitor-client privilege, I would find that this was not an appropriate case in which to order production to the Commissioner.

[68] The Commissioner argues she has an adjudicative function akin to that of a superior court, to determine whether a public body has validly claimed solicitor-client privilege. As this Court found in *Blood Tribe*, however, even courts will decline to review solicitor-client documents to ensure the privilege is properly asserted unless there is evidence or argument establishing the necessity of doing so to fairly decide the issue (para. 17, citing *Ansell Canada Inc. v. Ions World Corp.* (1998), 28 C.P.C. (4th) 60 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at para. 20).

[69] The delegate found that because the University failed to present evidence of its claim of solicitor-client privilege as required by the Protocol, it was necessary for the delegate to review the records. However, the Protocol is not law, and was not enacted by the legislature. Rather, it is a guide established by the Commissioner to assist adjudicators and public bodies.

[70] At the time of the Commissioner's request for disclosure, the prevailing authority in Alberta in civil litigation allowed a party to bundle and identify solicitor-client privileged documents by document numbers, as the University had done (see *Dorchak v. Krupka*, 1997 ABCA 89, 196 A.R. 81).

[66] Je conclus sur le sujet en revenant sur l'interprétation stricte que préconise la Cour d'appel. Certes, l'approche s'apparente à la mienne mais, pour les motifs qui précèdent, je ne puis convenir que l'arrêt *Blood Tribe* écarte la méthode moderne d'interprétation des lois.

(4) À supposer même qu'il y ait eu intention claire et non équivoque de la part du législateur, l'affaire ne se prête pas à une ordonnance de communication

[67] Enfin, même si le par. 56(3) traduisait clairement l'intention du législateur d'écarter le secret professionnel de l'avocat, je conclurais qu'il ne s'agit pas d'une affaire qui se prête à une ordonnance de communication.

[68] La Commissaire dit être investie d'une fonction juridictionnelle qui s'apparente à celle d'une cour supérieure et qui lui permet de décider si un organisme public invoque à bon droit le secret professionnel de l'avocat. Cependant, comme le conclut la Cour dans l'arrêt *Blood Tribe*, même une cour de justice n'acceptera d'examiner un document protégé par le secret professionnel de l'avocat pour se prononcer en toute justice sur l'existence du privilège que si la nécessité de le faire est démontrée (par. 17, citant *Ansell Canada Inc. c. Ions World Corp.* (1998), 28 C.P.C. (4th) 60 (C. Ont. (Div. gén.)), par. 20).

[69] Parce que, selon lui, l'Université n'a pas présenté d'éléments établissant l'application du secret professionnel de l'avocat comme l'exige le Protocole, le délégué conclut qu'il doit examiner les documents. Toutefois, le Protocole ne constitue pas une règle de droit, car il n'émane pas du législateur. Il s'agit plutôt d'un guide conçu par le Commissariat à l'intention des décideurs et des organismes publics.

[70] Au moment de la demande de communication de la Commissaire, le courant dominant dans les instances civiles albertaines permettait à une partie de regrouper les documents protégés par le secret professionnel de l'avocat et de les identifier au moyen de numéros, comme l'a fait l'Université

No evidence or argument was made to suggest that solicitor-client privilege had been falsely claimed by the University. In these circumstances, the delegate erred in concluding that the claim needed to be reviewed to fairly decide the issue.

## VII. Conclusion

[71] Subject to constitutional limitations, legislatures can pierce solicitor-client privilege by statute. However, the language of the provision must be explicit and evince a clear and unambiguous legislative intent to do so. In the present case, there is no such language. For the above reasons, I would dismiss the appeal and award costs to the Board of Governors of the University of Calgary throughout.

The following are the reasons delivered by

CROMWELL J. —

### I. Introduction

[72] I agree with my colleague Justice Côté that the appeal must be dismissed. But I do not agree that, under Alberta’s *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, c. F-25 (“*FOIPP*”), the Information and Privacy Commissioner lacks the authority to compel production for review of records over which solicitor-client privilege is asserted. The Commissioner has the authority to order a public body to produce for review any record required by the Commissioner “[d]espite . . . any privilege of the law of evidence”: s. 56(3). This, in my view, is an explicit legislative grant of power which should be respected, not evaded.

[73] Whatever other principles and presumptions of statutory interpretation are engaged, statutory interpretation must be anchored in the words chosen by the legislature read in their full context. In my respectful view, to hold as my colleague Justice Côté

(voir *Dorchak c. Krupka*, 1997 ABCA 89, 1996 A.R. 81). Aucun élément de preuve ni aucun argument selon lequel l’Université a invoqué sans droit le secret professionnel de l’avocat n’a été présenté. Dans ces circonstances, le délégué a eu tort de conclure qu’il lui fallait examiner les documents pour se prononcer en toute justice sur l’existence du privilège.

## VII. Conclusion

[71] Sous réserve du respect de la Constitution, le législateur peut, dans une disposition législative, lever le secret professionnel de l’avocat, mais il doit le faire au moyen d’un libellé explicite traduisant son intention claire et non équivoque de le faire. En l’espèce, il n’y a pas un tel libellé. Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi et d’adjuger au Conseil des gouverneurs de l’Université ses dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CROMWELL —

### I. Introduction

[72] Je conviens avec ma collègue la juge Côté que le pourvoi doit être rejeté. J’estime cependant que la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* de l’Alberta, R.S.A. 2000, c. F-25 (« *FOIPP* »), autorise bel et bien la Commissaire à l’information et à la protection de la vie privée (« Commissaire ») à exiger la production, en vue de leur examen, de documents à l’égard desquels le secret professionnel de l’avocat est invoqué. La Commissaire est investie du pouvoir d’ordonner à un organisme public de produire en vue de son examen tout document dont elle fait la demande [TRADUCTION] « [m]algré [. . .] tout privilège que reconnaît le droit de la preuve » (par. 56(3)). Il s’agit à mon sens d’une attribution législative explicite de pouvoir qui doit être respectée, non éludée.

[73] Quels que soient les autres principes et présomptions qui entrent en jeu en la matière, l’interprétation d’une loi doit se fonder sur les termes choisis par le législateur, compte tenu de leur contexte en entier. À mon humble avis, la conclusion de ma

would that solicitor-client privilege is a “legal privilege” but not a “privilege of the law of evidence” in *FOIPP* is not justified by the text or context of the legislation or by the principle of interpretation that the legislature must use clear language to authorize any abrogation of solicitor-client privilege. Rather, the words of the enactment, read in context, evince a clear intention to permit the Commissioner, subject to judicial review, to order production for inspection of records over which solicitor-client privilege is claimed. To hold otherwise abandons the modern approach to statutory interpretation repeatedly endorsed by the Court and, under the guise of “restrictive” interpretation, undermines legislative policy choices which, absent constitutional constraint, legislatures are entitled to make.

## II. Issues

[74] There are three questions for decision:

1. What is the appropriate standard of review?
2. Does *FOIPP* abrogate solicitor-client privilege?
3. Did the Commissioner’s delegate make a reviewable error in ordering production?

## III. Analysis

### A. *What Is the Appropriate Standard of Review?*

[75] For the purposes of my reasons, I will assume without deciding that the correctness standard of review applies to the question of whether the Commissioner may order production of a record over which solicitor-client privilege is claimed in order to determine whether the claim of privilege is well founded.

collègue la juge Côté selon laquelle, pour l’application de la *FOIPP*, le secret professionnel de l’avocat constitue un [TRADUCTION] « privilège légal », mais non un « privilège que reconnaît le droit de la preuve », n’est justifiée ni par le texte ou le contexte de la loi, ni par le principe d’interprétation voulant que le législateur doive employer des termes clairs pour autoriser toute suppression du secret professionnel de l’avocat. Interprété dans son contexte, le libellé de la disposition législative traduit au contraire l’intention claire d’autoriser la Commissaire, sous réserve d’un contrôle judiciaire, à ordonner la production, en vue de leur examen, de documents à l’égard desquels le secret professionnel de l’avocat est invoqué. Toute conclusion contraire s’écarte de la méthode moderne d’interprétation des lois à laquelle la Cour a maintes fois souscrit et compromet sous couvert d’interprétation « restrictive » les choix de politique législative qui s’offrent aux législateurs sous réserve des exigences constitutionnelles.

## II. Questions en litige

[74] Les trois questions suivantes doivent être tranchées :

1. Quelle est la norme de contrôle applicable?
2. La *FOIPP* supprime-t-elle le secret professionnel de l’avocat?
3. Le délégué de la Commissaire a-t-il commis une erreur susceptible de contrôle en ordonnant la production?

## III. Analyse

### A. *Quelle est la norme de contrôle applicable?*

[75] Pour les besoins des présents motifs, je tiens pour acquis (sans statuer en ce sens) que la norme de la décision correcte s’applique à la question de savoir si la Commissaire peut ordonner la production d’un document afin de se prononcer sur l’application du secret professionnel de l’avocat invoqué à son égard.

B. *Does FOIPP Abrogate Solicitor-Client Privilege?*

(1) Introduction

[76] In *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574, this Court held that “legislative language that may (if broadly construed) allow incursions on solicitor-client privilege must be interpreted restrictively”: para. 11. Solicitor-client privilege cannot be “abrogated by inference” and “[o]pen-textured language governing production of documents will be read *not* to include solicitor-client documents”: para. 11 (emphasis in original); see also *Canada (National Revenue) v. Thompson*, 2016 SCC 21, [2016] 1 S.C.R. 381, at paras. 23-25.

[77] While this, of course, is an important holding, we must note that what was in issue in *Blood Tribe* has virtually nothing in common with this appeal. The contention in *Blood Tribe* was that the Privacy Commissioner, by virtue of general language authorizing the production of records, had routine access to privileged material even when privilege was properly claimed: paras. 16-17. That is the context in which the Court held that broad language must be read restrictively and that open-textured production powers should not be read as permitting production of privileged material. The Court expressly accepted the submission of the Attorney General of Canada that the ordinary and grammatical meaning of the words, taken in their full and proper context, did not support the Privacy Commissioner’s position in that case: para. 26. Moreover, the Court noted that, in contrast to the Privacy Commissioner’s powers under the federal *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 (“*PIPEDA*”), which were in issue in *Blood Tribe*, the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, used “explicit language granting access to confidences”: para. 28. The *Privacy Act* language was, in relevant respects, identical to the language in the Alberta statute before us in this case: the *Privacy Act* authorized the

B. *La FOIPP supprime-t-elle le secret professionnel de l’avocat?*

(1) Introduction

[76] Dans l’arrêt *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574, la Cour conclut que « les dispositions législatives susceptibles (si elles sont interprétées de façon large) d’autoriser des atteintes au privilège du secret professionnel de l’avocat doivent être interprétées de manière restrictive » (par. 11). Le secret professionnel de l’avocat ne peut être « supprimé par inférence » et « [o]n considérera ainsi qu’une disposition d’acception large régissant la production de documents *ne vise pas* les documents protégés par le secret professionnel de l’avocat » (par. 11 (en italique dans l’original); voir également *Canada (Revenu national) c. Thompson*, 2016 CSC 21, [2016] 1 R.C.S. 381, par. 23-25).

[77] *Blood Tribe* constitue certes un arrêt important, mais la question qui y est tranchée n’a presque rien à voir avec celle que soulève le présent pourvoi. Dans cette affaire, on faisait valoir que, en vertu d’une disposition générale permettant d’exiger la production de documents, la Commissaire à la protection de la vie privée jouissait automatiquement d’un droit d’accès aux documents protégés même lorsque le privilège était invoqué à bon droit (par 16-17). C’est dans ce contexte que la Cour statue qu’une disposition générale doit être interprétée de manière restrictive et que la disposition d’acception large conférant un pouvoir en matière de production ne doit pas être interprétée comme si elle permettait d’exiger la production de documents protégés. La Cour fait expressément droit à la prétention du procureur général du Canada selon laquelle, dans cette affaire, le sens ordinaire et grammatical des termes, compte tenu de tout le contexte qui leur est propre, n’appuie pas la thèse de la Commissaire à la protection de la vie privée (par. 26). Elle souligne en outre que, contrairement aux pouvoirs conférés à la Commissaire à la protection de la vie privée par la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5 (« *LPRPDE* ») — ceux

Privacy Commissioner to examine any information “[n]otwithstanding . . . any privilege under the law of evidence” s. 34(2)).

[78] When applying presumptions of legislative intent, we do not abandon the modern approach to statutory interpretation to which the Court has been for so long and so consistently committed. Consequently, determining whether the legislature has expressed with sufficient clarity the intent to rebut a presumption of legislative intent requires the application of the modern approach to statutory interpretation. By focusing the analysis on the modern approach to statutory interpretation to determine if the legislature intended to displace a presumption, one broadens the inquiry from a focus on the plain meaning of the text to one that considers the entire context in which the words of the statute find themselves. General language in relation to production, as required by *Blood Tribe*, will be read restrictively to exclude abrogation by inference. But the “modern” approach is used to determine whether the statutory text, read in its full context, evinces with the required clarity the intention to abrogate privilege.

[79] In my opinion, the legislature expressly provided for the abrogation of solicitor-client privilege in s. 56(3) of *FOIPP* by authorizing the Commissioner to order production of records over which solicitor-client privilege is asserted in order to determine whether the claim is well founded. This is apparent on the grammatical and ordinary meaning of the words “any privilege of the law of evidence”. This interpretation is also supported by the contextual factors that are to be considered in statutory interpretation pursuant to *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27. This conclusion is, in my respectful view, fully consistent with *Blood Tribe*:

alors en cause — les pouvoirs accordés par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21, le sont par une « disposition explicite permettant l'accès aux renseignements confidentiels » (par. 28). La disposition de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* qui, pour l'essentiel, est identique à la disposition de la loi albertaine visée en l'espèce, autorisait la Commissaire à la protection de la vie privée à examiner tout renseignement « [n]onobstant [. . .] toute immunité reconnue par le droit de la preuve » (par. 34(2)).

[78] Appliquer une présomption d'intention législative n'est pas abandonner la méthode moderne d'interprétation des lois à laquelle la Cour adhère depuis si longtemps et avec tant de constance. Par conséquent, pour savoir si le législateur exprime de manière suffisamment claire son intention d'écartier une présomption d'intention législative, il faut appliquer la méthode moderne d'interprétation des lois. Axer ainsi l'analyse sur cette méthode élargit le champ de l'examen, lequel ne s'attache plus au sens ordinaire des mots, mais tient compte de la totalité du contexte dans lequel ils figurent. Conformément à l'arrêt *Blood Tribe*, la disposition générale qui permet d'exiger la production de documents est interprétée restrictivement de manière à exclure toute suppression par inférence. Toutefois, la méthode « moderne » permet de décider si le texte de loi, au vu de son contexte en entier, traduit avec la clarté requise l'intention de supprimer le privilège.

[79] À mon avis, au par. 56(3) de la *FOIPP*, le législateur prévoit expressément la suppression du secret professionnel de l'avocat lorsqu'il autorise la Commissaire à ordonner la production d'un document afin de se prononcer sur l'application du secret professionnel de l'avocat invoqué à son égard. C'est ce qui ressort du sens ordinaire et grammatical des mots [TRADUCTION] « tout privilège que reconnaît le droit de la preuve ». Cette interprétation est également étayée par les éléments contextuels qui doivent être pris en compte pour interpréter une disposition législative suivant l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27. Soit dit en tout

this interpretation does not abrogate privilege by inference, but with unmistakable clarity by virtue of express legislative direction.

(2) Grammatical and Ordinary Meaning of “Any Privilege of the Law of Evidence”

[80] Section 56(3) reads:

(3) Despite any other enactment or any privilege of the law of evidence, a public body must produce to the Commissioner within 10 days any record or a copy of any record required under subsection (1) or (2).

[81] The respondent argues that “any privilege of the law of evidence” does not include solicitor-client privilege because solicitor-client privilege is not simply an evidential privilege, but also a substantive rule of law. While I, of course, agree that solicitor-client privilege has become a substantive — indeed, a constitutional — principle, it is also an evidentiary privilege captured by the statutory words in this context. Moreover, as I explain, what is at issue here is the evidentiary component of solicitor-client privilege.

[82] This Court has found that solicitor-client privilege is *both* an evidentiary privilege and a substantive principle. In *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, Arbour J. explained that “[s]olicitor-client privilege is a rule of evidence”: para. 49. Similarly, in *Foster Wheeler Power Co. v. Société intermunicipale de gestion et d’élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 SCC 18, [2004] 1 S.C.R. 456, the Court observed that the case law “establishes the fundamental importance of solicitor-client privilege as an evidentiary rule, a civil right of supreme importance and a principle of fundamental justice”: para. 34 (emphasis added). In *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, Lamer J. described solicitor-client privilege as a “rule of evidence”, which “had also since given rise to a substantive rule”: pp. 872 and 875.

respect, il s’agit d’une interprétation parfaitement compatible avec l’arrêt *Blood Tribe*, le privilège n’étant pas supprimé par inférence, mais de façon indubitablement claire au moyen d’un énoncé législatif exprès.

(2) Sens ordinaire et grammatical de l’expression [TRADUCTION] « tout privilège que reconnaît le droit de la preuve »

[80] Le paragraphe 56(3) est rédigé comme suit :

[TRADUCTION] (3) Malgré toute autre loi ou tout privilège que reconnaît le droit de la preuve, l’organisme public produit dans les dix jours l’original ou une copie des documents exigés par le commissaire en vertu des paragraphes (1) ou (2).

[81] L’intimé soutient que les mots [TRADUCTION] « tout privilège que reconnaît le droit de la preuve » ne visent pas le secret professionnel de l’avocat, car ce dernier ne tient pas seulement à la preuve, mais aussi au droit substantiel. Je conviens certes que le secret professionnel de l’avocat constitue désormais un principe de fond, voire un principe constitutionnel, mais il demeure également un privilège en matière de preuve que vise le libellé législatif en l’espèce. De plus, comme je l’explique plus loin, c’est le volet du secret professionnel de l’avocat touchant à la preuve qui est en cause en l’espèce.

[82] La Cour a conclu que le secret professionnel de l’avocat constitue *à la fois* un privilège en matière de preuve et un principe de fond. Dans l’arrêt *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, la juge Arbour explique que « [I]e secret professionnel de l’avocat constitue une règle de preuve » (par. 49). De même, dans l’arrêt *Société d’énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d’élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 CSC 18, [2004] 1 R.C.S. 456, la Cour fait observer que la jurisprudence « consacr[e] clairement l’importance fondamentale du secret professionnel de l’avocat, à la fois règle de preuve, droit civil important et principe de justice fondamentale » (par. 34 (je souligne)). Dans l’arrêt *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, le juge Lamer qualifie le secret

Solicitor-client privilege is thus both a rule of evidence and a substantive rule.

[83] Other appeal courts have arrived at this conclusion with respect to similar language in other statutes.

[84] For example, in *Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Information and Privacy Commissioner (Nfld. and Lab.)*, 2011 NLCA 69, 314 Nfld. & P.E.I.R. 305, the Newfoundland and Labrador Court of Appeal concluded that the words “a privilege under the law of evidence” in s. 52 of the *Access to Information and Protection of Privacy Act*, S.N.L. 2002, c. A-1.1, were “sufficiently clear to abrogate solicitor-client privilege, as this is a privilege recognized under the law of evidence”: para. 45. In *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Environment)* (2000), 187 D.L.R. (4th) 127, the Federal Court of Appeal concluded that the language “any privilege under the law of evidence . . . clearly gives the Court authority to interfere with solicitor-client confidentiality”: para. 11 (emphasis deleted).

[85] This interpretation of s. 56(3) of *FOIPP* also finds support in doctrine. Professor A. M. Dodek, for example, describes solicitor-client privilege as being “part of a family of evidentiary privileges”: *Solicitor-Client Privilege* (2014), at p. 26. He observes that

[i]t would be absurd to assert that such language [any privilege under the law of evidence] excludes solicitor-client privilege because it has become more than a privilege under the law of evidence. Consistent with the modern approach to statutory interpretation, “privilege under the law of evidence” should be given a consistent approach throughout the statute book. Unless it indicates otherwise, this phrase should be interpreted to include solicitor-client privilege. [Footnotes omitted; p. 379.]

professionnel de l’avocat de « règle de preuve » qui a « aussi depuis donné naissance à une règle de fond » (p. 872 et 875). Le secret professionnel de l’avocat constitue donc à la fois une règle de preuve et une règle de fond.

[83] D’autres tribunaux d’appel arrivent à la même conclusion relativement au libellé apparenté d’autres lois.

[84] Par exemple, dans *Newfoundland and Labrador (Attorney General) c. Information and Privacy Commissioner (Nfld. and Lab.)*, 2011 NLCA 69, 314 Nfld. & P.E.I.R. 305, la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador conclut que les termes « *a privilege under the law of evidence* » ([TRADUCTION] « un privilège reconnu par le droit de la preuve ») employés à l’art. 52 de l’*Access to Information and Protection of Privacy Act*, S.N.L. 2002, c. A-1.1, sont [TRADUCTION] « suffisamment clairs pour supprimer le secret professionnel de l’avocat, car il s’agit d’un privilège que prévoit le droit de la preuve » (par. 45). Dans l’arrêt *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Ministre de l’Environnement)*, 2000 CanLII 15247, la Cour d’appel fédérale conclut que le renvoi à « toute immunité reconnue par le droit de la preuve [. . .] [l’]habilité clairement [. . .] à rompre la confidentialité fondée sur le secret des communications entre avocat et client » (par. 11 (soulignement omis)).

[85] Mon interprétation du par. 56(3) de la *FOIPP* trouve également appui dans la doctrine. Le professeur A. M. Dodek, par exemple, voit dans le secret professionnel de l’avocat [TRADUCTION] « un membre de la famille des privilèges en matière de preuve » (*Solicitor-Client Privilege* (2014), p. 26). Il fait observer ce qui suit :

[TRADUCTION] Il serait absurde d’affirmer qu’un tel libellé [tout privilège reconnu par le droit de la preuve] ne vise pas le secret professionnel de l’avocat au motif que celui-ci ne confère plus seulement un privilège reconnu par le droit de la preuve. Conformément à la méthode moderne d’interprétation des lois, l’énoncé « privilège reconnu par le droit de la preuve » commande une approche uniforme dans toutes les lois. Sauf indication contraire, l’énoncé doit être interprété comme englobant le secret professionnel de l’avocat. [Notes en bas de page omises; p. 379.]

[86] In *The Law of Privilege in Canada* (loose-leaf), R. W. Hubbard, S. Magotiaux and S. M. Duncan note that “solicitor-client privilege has now been extended to a substantive legal right”: p. 11-4.1 (emphasis added). The authors also note that “privileges such as solicitor-client are more than evidentiary rules that preclude the admissibility of evidence; they also bestow substantive rights”: pp. 1-3 (emphasis added). Similarly, in *The Law of Evidence in Canada* (4th ed. 2014), S. N. Lederman, A. W. Bryant and M. K. Fuerst explain that “solicitor-client privilege was long considered to be a testimonial privilege in that it could only be asserted at trial”: p. 952. However, subsequent decisions “have extended the time when privilege may be claimed”, which is “part of the trend towards a broader concept of solicitor-client privilege”: pp. 952-53 (emphasis added).

[87] Moreover — and contrary to the position adopted by my colleague Justice Côté — it is the evidentiary privilege that is in issue here. What is claimed by the respondent is immunity from forced production by virtue of the Commissioner’s statutory powers. We are thus concerned with a claim of protection from disclosure required by legal authority, a matter falling squarely within the evidentiary privilege expressly referred to in the statutory language: Dodek, at p. 16; *Lavallee*, at paras. 13-14.

[88] The respondent points out that s. 27(1)(a) of the statute specifically includes the words “solicitor-client privilege” and that s. 56(3) does not purport to override that provision but implicitly accepts it. While the words “solicitor-client privilege” are used elsewhere in the statute, this does not detract from the interpretation of s. 56(3) that I would adopt. Section 27(1)(a) provides:

**27(1)** The head of a public body may refuse to disclose to an applicant

[86] Dans *The Law of Privilege in Canada* (feuilles mobiles), R. W. Hubbard, S. Magotiaux et S. M. Duncan signalent que [TRADUCTION] « le secret professionnel de l’avocat a vu sa portée s’accroître et est devenu un droit substantiel » (p. 11-4.1 (je souligne)). Les auteurs ajoutent qu’« un privilège comme le secret professionnel de l’avocat ne constitue pas seulement une règle en matière de preuve faisant obstacle à l’admissibilité; il s’agit également d’un droit substantiel » (p. 1-3 (je souligne)). Aussi, dans *The Law of Evidence in Canada* (4<sup>e</sup> éd. 2014), S. N. Lederman, A. W. Bryant et M. K. Fuerst expliquent que [TRADUCTION] « le secret professionnel de l’avocat a longtemps été assimilé à un privilège testimonial du fait qu’on ne pouvait le faire valoir qu’au procès » (p. 952). Toutefois, des décisions ultérieures « ont étendu la période pendant laquelle le privilège peut être invoqué », ce qui « s’inscrit dans le courant de l’élargissement du secret professionnel de l’avocat sur le plan conceptuel » (p. 952-953 (je souligne)).

[87] Qui plus est, et contrairement à ce que soutient ma collègue la juge Côté, c’est le privilège en matière de preuve qui est en cause en l’espèce. L’intimé demande qu’on le soustraie à l’obligation de produire les documents exigés par la Commissaire en vertu de ses pouvoirs légaux. Nous sommes donc saisis d’une demande de protection contre une communication requise par la loi, ce qui relève nettement du privilège en matière de preuve à laquelle renvoie expressément la disposition législative (Dodek, p. 16; *Lavallee*, par. 13-14).

[88] L’intimé fait valoir que l’al. 27(1)(a) de la loi renvoie précisément au [TRADUCTION] « secret professionnel de l’avocat » et que le par. 56(3) ne l’emporte pas sur cet alinéa, mais le reconnaît implicitement. Le fait que les mots « secret professionnel de l’avocat » sont employés ailleurs dans la loi n’affaiblit en rien l’interprétation du par. 56(3) que je préconise. L’alinéa 27(1)(a) dispose ce qui suit :

[TRADUCTION] **27(1)** Le responsable de l’organisme public peut refuser de communiquer à l’auteur d’une demande :

- (a) information that is subject to any type of legal privilege, including solicitor-client privilege or parliamentary privilege,

[89] Sections 27(1)(a) and 56(3) of the statute perform different functions. Thus, while s. 27(1)(a) specifically refers to solicitor-client privilege, this does not mean that s. 56(3) is to be interpreted as precluding the Commissioner from ordering production of documents subject to solicitor-client privilege. In any case, s. 27 expressly includes solicitor-client privilege within the ambit of “any type of legal privilege”.

[90] Section 27(1)(a) falls under the marginal note “Privileged information” and under the division of the statute entitled “Exceptions to Disclosure”. Section 27(1) sets out a number of grounds upon which a public body can refuse to order disclosure. However, it does not provide that the Commissioner is prevented from reviewing a public body’s claim that one of these grounds for exception to disclosure properly applies. Rather, s. 27(1) provides explicit guidance to public bodies on what grounds they can assert to resist disclosure.

[91] Section 56, on the other hand, falls under the marginal note “Powers of Commissioner in conducting investigations or inquiries” and under the part of the statute entitled “Office and Powers of Information and Privacy Commissioner”. Section 56 provides what the Commissioner can and cannot do in the context of conducting an inquiry. There is nothing in this provision, or under s. 27(1), that can be read as saying that the Commissioner is prevented from ordering the production of documents subject to a claim of solicitor-client privilege in the context of answering all questions of law and fact that arise in the course of an inquiry.

[92] I cannot accept that we should read this statute as saying that solicitor-client privilege is a type of legal privilege (as is clear from s. 27) but that solicitor-client privilege is not a “privilege of the law of evidence” (the language used in s. 56(3)).

- (a) les renseignements qui sont protégés par tout type de privilège légal, notamment le secret professionnel de l’avocat et le privilège parlementaire,

[89] L’alinéa 27(1)(a) et le par. 56(3) de la loi remplissent des fonctions différentes. Par conséquent, le fait que l’al. 27(1)(a) renvoie expressément au secret professionnel de l’avocat ne permet pas de conclure que le par. 56(3) empêche la Commissaire d’ordonner la production de documents protégés par le secret professionnel de l’avocat. Quoi qu’il en soit, l’art. 27 fait expressément en sorte que l’expression [TRADUCTION] « tout type de privilège légal » englobe le secret professionnel de l’avocat.

[90] L’alinéa 27(1)(a) figure dans la section de la loi intitulée [TRADUCTION] « Exceptions à la communication » et a pour intertitre « Renseignements protégés ». Le paragraphe 27(1) énumère un certain nombre de motifs pour lesquels un organisme public peut refuser la communication. Il n’empêche cependant pas le commissaire d’examiner la prétention d’un organisme public voulant que l’un de ces motifs d’exception à la communication s’applique à bon droit. Le paragraphe 27(1) fournit plutôt aux organismes publics des balises explicites quant aux motifs pour lesquels ils peuvent s’opposer à la communication.

[91] L’article 56 figure pour sa part dans la section [TRADUCTION] « Fonctions et pouvoirs du commissaire à l’information et à la protection de la vie privée » et a pour intertitre « Pouvoirs du commissaire en matière d’enquête ». Il précise ce que le commissaire peut faire et ce qu’il ne peut pas faire dans le cadre d’une enquête. Aucun des éléments de cette disposition ou du par. 27(1) ne permet de conclure qu’il ne peut ordonner la production de documents qui seraient protégés par le secret professionnel de l’avocat lorsqu’il s’agit de résoudre les questions de droit et de fait qui se posent dans le cadre d’une enquête.

[92] On ne doit donc pas conclure que le secret professionnel de l’avocat constitue un type de privilège légal (comme l’indique clairement le par. 27), mais pas un [TRADUCTION] « privilège que reconnaît le droit de la preuve » (le libellé figurant au

As all of the authorities make clear, solicitor-client privilege is a “privilege of the law of evidence” and all such privileges are “legal privileges”.

[93] In summary, the grammatical and ordinary meaning of “any privilege of the law of evidence” includes solicitor-client privilege. The legislature has, as required by *Blood Tribe*, used appropriate language to clearly show its intention: solicitor-client privilege is abrogated for the purposes of permitting the Commissioner to inspect documents over which privilege is claimed in order to allow the validity of the claim to be assessed.

[94] This conclusion is also supported by a number of contextual factors that I will now review.

(3) Contextual Factors

(a) *The Statutory Context Under FOIPP*

[95] As we shall see, the statutory scheme under *FOIPP* provides a detailed, self-contained process for the disclosure of information to an applicant. This statutory scheme vests the Commissioner with expansive, robust and streamlined review powers to decide whether a public body is required to disclose records. Absent the power to review a claim of solicitor-client privilege, the Commissioner would not be able to fulfill this statutory mandate. Importantly, the Commissioner’s decisions are subject to judicial review.

[96] *FOIPP*’s aim is to provide a broad right of access to information and it sets up the Commissioner, subject to judicial review, as the authority who decides whether access will be granted.

[97] This broad right of access to information is subject to defined limitations in *FOIPP*. Relevant to this appeal, for example, s. 27(1)(a) provides that the head of a public body can refuse to disclose to an applicant “information that is subject to any type

par. 56(3)). Toutes les sources confirment que le secret professionnel de l’avocat est un « privilège que reconnaît le droit de la preuve » et que tous les privilèges de ce genre constituent des « privilège[s] léga[ux] ».

[93] En résumé, suivant leur sens ordinaire et grammatical, les mots [TRADUCTION] « tout privilège que reconnaît le droit de la preuve » englobent le secret professionnel de l’avocat. Conformément à l’arrêt *Blood Tribe*, le législateur emploie le libellé qui convient pour exprimer clairement son intention : le secret professionnel de l’avocat est supprimé lorsqu’il s’agit de permettre au commissaire d’examiner les documents auxquels il s’appliquerait et de se prononcer sur son application.

[94] Cette conclusion est également étayée par un certain nombre d’éléments contextuels que j’examine ci-après.

(3) Éléments contextuels

(a) *Le contexte législatif sous le régime de la FOIPP*

[95] Comme nous le verrons, le régime issu de la *FOIPP* établit une procédure détaillée et autonome de communication à une personne des renseignements qu’elle demande. Ce régime législatif investit le commissaire de pouvoirs d’examen étendus, vigoureux et simplifiés pour décider si un organisme public est tenu de communiquer un document. Sans le pouvoir de se prononcer sur l’application du secret professionnel de l’avocat, le commissaire ne serait pas en mesure de s’acquitter de ce mandat légal. Fait important, ses décisions sont susceptibles de contrôle judiciaire.

[96] La *FOIPP* a pour objet l’octroi d’un droit général d’accès à l’information et elle fait du commissaire, sous réserve du contrôle judiciaire, l’autorité qui décide si l’accès est accordé ou non.

[97] Ce droit général d’accès à l’information comporte certaines exceptions précises. Par exemple, l’al. 27(1)(a), invoqué en l’espèce, prévoit que le responsable d’un organisme public peut refuser de communiquer à l’auteur d’une demande [TRADUCTION]

of legal privilege, including solicitor-client privilege or parliamentary privilege”.

[98] *FOIPP* also sets out the powers of the Commissioner in conducting investigations or inquiries. Section 56(1) provides that the Commissioner has “all the powers, privileges and immunities of a commissioner under the *Public Inquiries Act*”, R.S.A. 2000, c. P-39, and the powers under s. 56(2). Section 56(2) provides that the Commissioner can require “any record to be produced . . . whether or not the record is subject to the provisions of this Act”. Section 56(3), as noted above, further provides that a public body “must produce to the Commissioner” any document required under s. 56(1) and (2) “[d]espite any other enactment or any privilege of the law of evidence”.

[99] *FOIPP* protects privileged information. Section 58 specifies that “[a]nything said, any information supplied or any record produced by a person during an investigation or inquiry by the Commissioner is privileged in the same manner as if the investigation or inquiry were a proceeding in a court”. Further, s. 59(1) states that the Commissioner and her delegates “must not disclose any information obtained in performing their duties, powers and functions under this Act” except in limited instances.

[100] *FOIPP* also describes the process for reviews and complaints. Section 65(1) provides that a person who requests access from a public body can ask the Commissioner to review “any decision, act or failure to act of the head that relates to the request”. Section 69(1) provides that, unless the Commissioner refuses to conduct an inquiry under s. 70, “the Commissioner must conduct an inquiry and may decide all questions of fact and law arising in the course of the inquiry”. Under s. 72(1), the Commissioner, on finishing an inquiry, “must dispose of the issues by making an order under this section”. Section 72(2)(a) provides that the Commissioner can “require the head to give the applicant access to all or part of the record, if the Commissioner determines that the head is not authorized or required to refuse access”. Finally, s. 73

« les renseignements qui sont protégés par tout type de privilège légal, notamment le secret professionnel de l’avocat et le privilège parlementaire ».

[98] La *FOIPP* délimite également les pouvoirs du commissaire en matière d’enquête. Le paragraphe 56(1) l’investit [TRADUCTION] « des mêmes pouvoirs, privilèges et immunités qu’un commissaire nommé en vertu de la *Public Inquiries Act* », R.S.A. 2000, c. P-39, ainsi que des pouvoirs énoncés au par. 56(2). Suivant celui-ci, le commissaire peut « exiger la production de tout document [. . .] que le document soit visé ou non par les dispositions de la présente loi ». Rappelons que le par. 56(3) prévoit en outre que l’organisme public « produit [. . .] les documents exigés par le commissaire » en vertu des par. 56(1) ou (2) « [m]algré toute autre loi ou tout privilège que reconnaît le droit de la preuve ».

[99] La *FOIPP* protège les renseignements qui font l’objet d’un privilège. Suivant l’art. 58, [TRADUCTION] « [l]es paroles que prononce une personne, les renseignements qu’elle fournit et les documents qu’elle produit dans le cadre d’une enquête menée par [le commissaire] bénéficient du privilège que confère une instance judiciaire ». De plus, le par. 59(1) prévoit que le commissaire et ses délégués « s’abstiennent de communiquer les renseignements obtenus dans l’exercice des attributions que leur confère la présente loi », sauf certains cas précis.

[100] La *FOIPP* fait également état de la procédure applicable en matière de révision et de plaintes. Le paragraphe 65(1) prévoit que la personne qui présente une demande de communication à un organisme public peut demander au commissaire de réviser [TRADUCTION] « toute décision, action ou omission du responsable liée à la demande ». Suivant le par. 69(1), sauf refus de sa part fondé sur l’art. 70, « le commissaire doit mener une enquête et peut trancher toute question de fait ou de droit alors soulevée ». Aux termes du par. 72(1), au moment de conclure son enquête, le commissaire « statue sur les questions soulevées au moyen d’une ordonnance rendue en application du présent article ». L’alinéa 72(2)(a) dispose qu’il peut « obliger le responsable à communiquer tout ou partie du document à l’auteur de la demande [s’il] estime que le responsable n’est

provides that the Commissioner's decision is final, although the decision is subject to judicial review.

[101] The respondent raises a contextual argument based on s. 59(4) of *FOIPP* which provided, at the relevant time:

(4) The Commissioner may disclose to the Minister of Justice and Attorney General information relating to the commission of an offence against an enactment of Alberta or Canada if the Commissioner considers there is evidence of an offence.

[102] The respondent submits that if s. 56(3) empowers the Commissioner to order production of material over which solicitor-client privilege is asserted, then it would follow that s. 59(4) would allow the Commissioner to share that privileged information with the Minister of Justice and Attorney General, if the Commissioner thought that it contained evidence of an offence.

[103] This submission must be rejected: it contradicts rather than supports the respondent's position on s. 56(3). The respondent maintains that the statutory language of s. 56(3) is not clear enough to abrogate privilege because it refers only to any privilege of the law of the evidence. But then the respondent claims that s. 59(4), which makes no mention of privilege at all, means that the Commissioner may share privileged information if it discloses evidence of an offence. That interpretation is contrary to the basic and unchallenged principle that clear language is needed to abrogate privilege. There is nothing in the general language of s. 59(4) or the surrounding statutory context that supports an interpretation allowing the abrogation of solicitor-client privilege through disclosure by the Commissioner to the Minister of Justice or the Attorney General. Section 59(4) contributes nothing to the proper interpretation of s. 56(3).

[104] The statutory scheme, therefore, unambiguously supports the view that the legislature intended the Commissioner to have the powers required to decide whether or not records should be produced by a

ni autorisé à refuser la communication, ni tenu de la refuser ». Enfin, l'art. 73 rend la décision du commissaire définitive, bien qu'elle demeure susceptible de contrôle judiciaire.

[101] L'intimé fait valoir un argument d'ordre contextuel fondé sur le par. 59(4) de la *FOIPP*, dont le libellé était le suivant au moment considéré :

[TRADUCTION] (4) Le commissaire peut communiquer au ministre de la Justice et au procureur général des renseignements relatifs à une infraction à une loi de l'Alberta ou du Canada s'il estime qu'il existe une preuve de sa perpétration.

[102] Il soutient que si le par. 56(3) habilite le commissaire à ordonner la production de documents à l'égard desquels le secret professionnel de l'avocat est invoqué, le par. 59(4) lui permet dès lors de communiquer de tels renseignements protégés au ministre de la Justice et au procureur général lorsqu'il estime qu'ils renferment des éléments qui établissent la perpétration d'une infraction.

[103] Cet argument doit être rejeté, car il contredit, au lieu de l'étayer, la thèse de l'intimé concernant l'interprétation du par. 56(3). L'intimé prétend en effet que le libellé du par. 56(3) n'est pas suffisamment clair pour supprimer le privilège, car il ne renvoie qu'à ceux que reconnaît le droit de la preuve. Il ajoute par contre que le par. 59(4), qui ne fait mention d'aucun privilège, permet au commissaire de communiquer des renseignements protégés qui établissent la perpétration d'une infraction. Son interprétation va à l'encontre du principe fondamental et incontesté voulant qu'un libellé clair soit nécessaire pour supprimer le privilège. Nul élément du libellé général du par. 59(4) ou du contexte législatif dans lequel il s'inscrit n'étaye une interprétation permettant la suppression du secret professionnel de l'avocat par la communication de renseignements au ministre de la Justice ou au procureur général. Le paragraphe 59(4) ne contribue en rien à la détermination de la portée du par. 56(3).

[104] Le régime législatif appuie donc sans équivoque la thèse selon laquelle le législateur a voulu conférer au commissaire les pouvoirs nécessaires pour décider si des documents doivent ou non être

public body — including ruling on claims of privilege — subject to judicial review of the exercise of those powers.

(b) *The Statutory Scheme at Issue in Blood Tribe*

[105] I have already briefly mentioned how *FOIPP* is markedly different, in relation to the review of claims of solicitor-client privilege, from the legislation that was the subject of the Court’s decision in *Blood Tribe*. It will be worthwhile to expand on this point.

[106] In *Blood Tribe*, this Court noted a number of concerns with the statutory scheme established under *PIPEDA* in concluding that the statute did not abrogate solicitor-client privilege, namely:

- A court’s power to review disputed claims of privilege derived “from its power to adjudicate disputed claims over legal rights”, which the Privacy Commissioner did not have: para. 22.
- The Privacy Commissioner could become “adverse in interest to the party whose documents she wants to access”, which is not true of a court. The Privacy Commissioner could take a resisting party to court, and could also decide to share compelled information with prosecutorial authorities: para. 23.
- The language granting the power was expressed in general language and it was the “generality of the language . . . which does not advert to issues raised by solicitor-client privilege” that shows the importance of the principle against abrogation of privilege by inference: para. 26 (emphasis deleted).

[107] The statutory scheme at issue in this appeal does not give rise to these concerns.

produits par un organisme public, notamment celui de statuer sur l’existence d’un privilège, sous réserve du contrôle judiciaire de l’exercice de ces pouvoirs.

b) *Le régime législatif en cause dans l’arrêt Blood Tribe*

[105] J’ai déjà mentionné brièvement en quoi, lorsqu’il s’agit de se prononcer sur l’application du secret professionnel de l’avocat, la *FOIPP* diffère sensiblement de la loi considérée dans l’arrêt *Blood Tribe*. Il me paraît utile d’y revenir plus en détail.

[106] Dans cet arrêt, la Cour relève un certain nombre de difficultés propres au régime législatif établi par la *LPRPDE* pour conclure que celle-ci ne supprime pas le secret professionnel de l’avocat, à savoir :

- Le pouvoir d’une cour de justice de statuer sur le privilège allégué mais contesté découle de son pouvoir « de statuer sur des demandes portant sur des droits », un pouvoir que ne possède pas la Commissaire à la protection de la vie privée (par. 22).
- Contrairement à une cour de justice, la Commissaire à la protection de la vie privée peut « avoir des intérêts opposés à ceux de l’organisation qui possède les documents auxquels [elle] veut obtenir l’accès ». La Commissaire à la protection de la vie privée peut traduire en justice l’organisation récalcitrante et, également, décider de communiquer les renseignements obtenus sous la contrainte aux autorités chargées des poursuites (par. 23).
- Le libellé conférant le pouvoir est général et c’est « le caractère général du texte [. . .], où il n’est fait aucune mention des questions que soulève le [. . .] secret professionnel de l’avocat », qui montre l’importance du principe selon lequel celui-ci ne saurait être supprimé par inférence (par. 26 (italiques omis)).

[107] Ces difficultés ne sont pas en cause dans le cas du régime législatif considéré en l’espèce.

[108] First, *FOIPP* gives the Commissioner adjudicative powers. Section 69(1) of the legislation provides that the Commissioner “must conduct an inquiry and may decide all questions of fact and law arising in the course of the inquiry”. If the Commissioner is deprived of the power to order production of documents to review a claim of solicitor-client privilege, the Commissioner is clearly not able to “decide all questions of fact and law”. The legislative history of the statute, discussed below, also supports a finding that the legislature vested the Commissioner with adjudicative powers.

[109] As Professor Dodek observes, in light of *Blood Tribe*, conferring adjudicative powers on the Privacy Commissioner is a key factor in finding that a statute allows for the abrogation of solicitor-client privilege: p. 368. As he notes, “*Blood Tribe* itself suggests that privacy or information commissioners performing adjudicative functions are empowered to access allegedly privileged documents in order to adjudicate privilege claims”: p. 377. Professor Dodek further maintains that “an adjudicative body must be taken to have the power to determine privilege claims as part of its adjudicative functions”: p. 369. He uses as an example the Federal Court, which is a statutory court yet has no express power to abrogate solicitor-client privilege. He suggests that the power to adjudicate privilege claims “is part of the power of adjudication”: p. 369.

[110] Second, the Commissioner does not become adverse in interest to a party in the sense described in *Blood Tribe*. Under s. 15 of *PIPEDA*, the Privacy Commissioner may appear before the Federal Court on behalf of the complainant. There is no similar provision under the statute at issue here. While the Commissioner can be named as a party in the judicial review, the Commissioner is not appearing *on behalf of* the complainant in such a context.

[111] Third, the language used in s. 56(3) is not “[o]pen-textured language governing production of documents” as was the provision in issue in *Blood*

[108] Premièrement, la *FOIPP* confère un pouvoir juridictionnel au commissaire. Le paragraphe 69(1) prévoit que le commissaire [TRADUCTION] « doit mener une enquête et peut trancher toute question de fait ou de droit alors soulevée ». Si on le dépouille du pouvoir d’ordonner la production de documents afin qu’il puisse se prononcer sur l’application du secret professionnel de l’avocat invoqué à leur égard, le commissaire ne peut manifestement pas « trancher toute question de fait ou de droit ». L’historique de la loi, analysé ci-après, étaye également la conclusion voulant que le législateur ait investi le commissaire d’un pouvoir juridictionnel

[109] Comme le fait observer le professeur Dodek, au vu de l’arrêt *Blood Tribe*, l’attribution d’un pouvoir juridictionnel se révèle décisive pour conclure qu’une loi permet la suppression du secret professionnel de l’avocat (p. 368). À son avis, [TRADUCTION] « l’arrêt *Blood Tribe* laisse lui-même entendre qu’un commissaire à la protection de la vie privée ou à l’information qui exerce une fonction juridictionnelle peut obtenir l’accès à un document pour se prononcer sur l’application du privilège invoqué à son égard » (p. 377). Il ajoute qu’il « faut considérer que l’organisme juridictionnel peut, dans l’exercice de sa fonction juridictionnelle, se prononcer sur l’existence d’un privilège » (p. 369). Il donne l’exemple de la Cour fédérale, un tribunal d’origine législative, qui n’est pourtant pas investie du pouvoir exprès de statuer sur l’application du secret professionnel de l’avocat. Selon lui, ce pouvoir « est inhérent au pouvoir juridictionnel » (p. 369).

[110] Deuxièmement, la Commissaire ne peut avoir d’intérêts opposés à ceux d’une organisation au sens où la Cour l’entend dans l’arrêt *Blood Tribe*. L’article 15 de la *LPRPDE* disposait que la Commissaire à la protection de la vie privée pouvait se présenter en Cour fédérale au nom d’un plaignant. La loi visée en l’espèce ne renferme aucune disposition équivalente. La Commissaire peut certes être constituée partie au contrôle judiciaire, mais elle ne comparait pas alors *au nom* du plaignant.

[111] Troisièmement, le texte du par. 56(3) ne saurait constituer une « disposition d’acception large régissant la production de documents » comme celui

*Tribe*: para. 11. On the contrary, s. 56(3) expressly provides that the power to order production applies notwithstanding any privilege of the law of evidence. Further, accepting that solicitor-client privilege is both a legal privilege *and* a substantive principle, the use of the words “solicitor-client privilege” under s. 27(1) does not mean that the language “any privilege of the law of evidence” excludes solicitor-client privilege. On the contrary, the statutory language states that solicitor-client privilege is included in the general term “any type of legal privilege”.

[112] In conclusion, the statutory context here demonstrates that the legislature intended for the abrogation of solicitor-client privilege. None of the factors listed in *Blood Tribe* as weighing against a finding that the statute abrogated solicitor-client privilege is in play here.

(c) *Legislative History of FOIPP*

[113] While the legislative history reveals very little as to the specific intention of the legislature with regards to the issue of whether the Commissioner can order the production of documents subject to solicitor-client privilege under s. 56(3), the debates leading up to the enactment of the first version of the legislation show that the legislature intended the Commissioner to have robust adjudicative powers<sup>1</sup> and that this adjudicative process

<sup>1</sup> On April 11, 1994, Mr. Klein, who was the Premier of Alberta at the time, observed that “the commissioner will have absolute authority. If any member or if any department head or official refuses to release information and an appeal is then made to the commissioner and the commissioner says, ‘You must release that,’ then that must be done” (*Alberta Hansard*, 2nd Sess., 23rd Leg., at p. 1052). Mr. Rostad agreed, noting: “The Premier is absolutely correct that the commissioner does have adjudicative powers, that he can mandate a ruling, and in fact there is appeal to the Court of Appeal or Queen’s Bench only when the commissioner is head of a particular department himself, which happens to be the information and privacy department or section” (p. 1052 (emphasis added)).

de la disposition en cause dans *Blood Tribe* (par. 11). Au contraire, le par. 56(3) prévoit expressément que le pouvoir d’ordonner la production s’applique malgré tout privilège que reconnaît le droit de la preuve. De plus, dans la mesure où le secret professionnel de l’avocat constitue à la fois un privilège légal *et* un principe de fond, le libellé [TRADUCTION] « tout privilège que reconnaît le droit de la preuve » englobe le secret professionnel de l’avocat malgré l’emploi des mots « secret professionnel de l’avocat » au par. 27(1). Le texte de la disposition indique plutôt que l’expression générale « tout type de privilège légal » englobe le secret professionnel de l’avocat.

[112] En conclusion, il appert du contexte législatif que le législateur a voulu supprimer le secret professionnel de l’avocat. Aucun des éléments qui, suivant l’arrêt *Blood Tribe*, militent contre la suppression législative du secret professionnel de l’avocat n’est présent en l’espèce.

c) *L’historique législatif de la FOIPP*

[113] Même si l’historique législatif en dit peu sur l’intention précise du législateur quant à savoir si le commissaire peut, en vertu du par. 56(3), ordonner la production de documents protégés par le secret professionnel de l’avocat, les débats qui ont précédé l’adoption de la première ébauche de la loi montrent que le législateur a voulu doter le commissaire de vigoureux pouvoirs juridictionnels<sup>1</sup> et simplifier le processus juridictionnel de manière

<sup>1</sup> Le 11 avril 1994, le premier ministre de l’Alberta d’alors, M. Klein, faisait observer que [TRADUCTION] « le commissaire aura une autorité absolue. Si un député ou le responsable d’un ministère ou un fonctionnaire refuse de communiquer des renseignements et qu’un appel est ensuite interjeté auprès du commissaire et que ce dernier dit “Vous devez les communiquer”, alors il faut obtempérer » (*Alberta Hansard*, 2<sup>e</sup> sess., 23<sup>e</sup> lég., p. 1052). M. Rostad en a convenu et a ajouté : « Le premier ministre a tout à fait raison de dire que le commissaire est investi de pouvoirs juridictionnels, qu’il peut imposer une décision et qu’il y a appel devant la Cour d’appel ou la Cour du Banc de la Reine seulement lorsqu’il se trouve que le commissaire est le responsable du ministère ou de la division de l’information et de la protection de la vie privée » (p. 1052 (je souligne)).

was to be streamlined to ensure accessibility and reduce delay.<sup>2</sup> This further supports an interpretation of s. 56(3) as abrogating solicitor-client privilege.

(d) *Parallel Legislation*

[114] Legislation in other jurisdictions dealing with similar subject matters — sometimes referred to as parallel legislation — can be a helpful part of the legislative context: see, e.g., R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at §§13.41 to 13.51; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at paras. 57-60. For example, it is generally desirable to have a consistent interpretation of similar language used in statutes in different

<sup>2</sup> Dr. Massey, on April 18, 1994, observed that the all-party panel that produced a report of recommendations to the legislature suggested that “there should be no general power of appeal from the decision of the commissioner, only limited power of judicial review if it were alleged that the commissioner had exceeded his or her jurisdiction” (*Alberta Hansard*, 2nd Sess., 23rd Leg., at p. 1239). Dr. Massey was concerned with a provision in the bill creating a right of appeal to the Queen’s Bench judge as an adjudicator. He thought this was problematic because “it allows the government to delay compliance with an order to disclose information, as we have seen with the federal Information Commissioner” (p. 1239). Similarly, on that same date, Mr. Kirkland observed that a right to appeal to the Queen’s Bench as a judge or adjudicator created two problems: “It allows a delay as far as being forthcoming with the information, which is incorrect as timely submission of the information is extremely important, and that delaying tactic should not be available. The other thing it does is that it has a tendency to drive up the cost of extracting information. If a private citizen has to pay the cost to withstand the appeal of a government that doesn’t want to release information, then that private citizen will endure considerable expense, and that in itself is a deterrent” (p. 1240). On May 5, 1994, Mr. Dickson discussed proposed amendments to the bill. He observed that the all-party panel clearly recommended to the government “that there would be no right of appeal from a decision of the commissioner because in places where there is that right of appeal, we’ve seen abuse, we’ve seen delay, we’ve seen costs which become a significant barrier to Albertans getting access” (p. 1752). He notes further on, in response to the proposed amendment which he thinks addresses the concern about a right to appeal, “If there’s ever a question of reviewing this at some point and somebody gets into looking at *Hansard*, they will see that this was clearly the intention: that the only right of review is if the complaint or the concern relates to something that the commissioner does within his own small office or department. That’s the only time that would apply” (p. 1752).

à assurer l’accessibilité et à réduire les délais<sup>2</sup>, ce qui étaye plus avant l’interprétation voulant que le par. 56(3) supprime le secret professionnel de l’avocat.

d) *Dispositions apparentées*

[114] Les dispositions apparentées d’autres ressorts, que l’on qualifie parfois de « parallèles », peuvent utilement être intégrées au contexte législatif (voir p. ex. R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6<sup>e</sup> éd. 2014), §13.41 à 13.51; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 57-60). Par exemple, il est généralement souhaitable d’interpréter uniformément le libellé semblable des dispositions législatives

<sup>2</sup> Le 18 avril 1994, le D<sup>r</sup> Massey indiquait que selon le comité composé de représentants de tous les partis qui avait présenté des recommandations à l’assemblée législative, [TRADUCTION] « il ne devrait pas y avoir de droit général d’appeler d’une décision du commissaire, mais seulement le droit de solliciter un contrôle judiciaire s’il était allégué que le commissaire avait outrepassé sa compétence » (*Alberta Hansard*, 2<sup>e</sup> sess., 23<sup>e</sup> lég., p. 1239). Le D<sup>r</sup> Massey se disait inquiet de ce qu’une disposition du projet de loi créait un droit d’appel devant un juge de la Cour du Banc de la Reine. Il y voyait un problème parce que « le gouvernement pouvait ainsi différer le moment de se conformer à une ordonnance de communication, comme cela avait été le cas du commissaire à l’information fédéral » (p. 1239). Dans le même ordre d’idée, M. Kirkland faisait valoir le même jour qu’un droit d’appel devant la Cour du Banc de la Reine posait deux problèmes : « Il permet de retarder la communication des renseignements, ce qui est inacceptable, car leur communication en temps opportun est très importante, et les mesures dilatoires ne devaient pas être permises. En deuxième lieu, l’existence d’un droit d’appel fait généralement grimper le coût d’obtention des renseignements. Le citoyen qui doit contester à ses frais l’appel interjeté par le gouvernement qui refuse de communiquer des renseignements doit dès lors engager des dépenses considérables, ce qui est de nature à le dissuader de contester l’appel » (p. 1240). Le 5 mai 1994, M. Dickson a analysé les modifications proposées à l’égard du projet de loi. Il a relevé que le comité composé de représentants de tous les partis avait clairement recommandé au gouvernement « qu’il n’y ait pas de droit d’appeler de la décision de la commission parce que, là où un tel droit d’appel existe, il y a eu abus et retards, et les coûts sont devenus un obstacle important à l’accessibilité des renseignements pour les Albertains » (p. 1752). En réponse à la proposition de modification qui, selon lui, règle la question du droit d’appel, il ajoute : « Si jamais on doit revenir sur ce point et que quelqu’un consulte le *Hansard*, on verra que l’intention était clairement la suivante : qu’il n’y ait un droit de révision que lorsque la plainte ou la préoccupation se rapporte à quelque chose que le commissaire fait dans son propre petit bureau ou ministère. C’est le seul contexte dans lequel un tel droit existera » (p. 1752).

Canadian jurisdictions dealing with the same subject matter: see, e.g., *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23, at para. 195. In this case, the parallel British Columbia legislation sheds some light on the interpretative issue at hand.

[115] The British Columbia statute provides, in terms nearly identical to s. 56(3) of the Alberta legislation, that “[d]espite . . . any privilege of the law of evidence, a public body must produce to the commissioner within 10 days any record or a copy of any record required under subsection (1)”: *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 165, s. 44(3). Section 44(1)(b) authorizes the Commissioner to “make an order requiring a person to . . . produce for the commissioner a record in the custody or under the control of the person”. Section 44(2)(a) permits the Commissioner to apply to the Supreme Court of British Columbia for an order “directing a person to comply with an order made under subsection (1)”. Note that the power of the court under s. 44(2)(a) is limited to “directing a person to comply with an order made under subsection (1)”, that is *an order of the Commissioner*. Thus, it is the Commissioner’s order that the court is permitted to enforce under s. 44(2).

[116] The statute was amended in 2003 to provide, at s. 44(2.1), that, where a record subject to solicitor-client privilege is produced to the Commissioner at the Commissioner’s request or “under subsection (1)”, the solicitor-client privilege of the record is not affected by the disclosure: *Freedom of Information and Protection of Privacy Amendment Act, 2003*, S.B.C. 2003, c. 5, s. 15; and see *Public Inquiry Act*, S.B.C. 2007, c. 9, s. 76, amending s. 44 of the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, but not in relevant respects. An order under s. 44(1) is, as noted, an order of the Commissioner to produce a record. In other words, the amendment provides that production of a record subject to solicitor-client privilege as ordered by

adoptées sur un même sujet dans les différents ressorts canadiens (voir p. ex. *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23, par. 195). Dans la présente affaire, les dispositions apparentées de la Colombie-Britannique apportent un certain éclairage sur le plan de l’interprétation.

[115] En effet, elles disposent au moyen d’un libellé quasi identique à celui du par. 56(3) de la loi albertaine que [TRADUCTION] « [m]algré [. . .] tout privilège que reconnaît le droit de la preuve, l’organisme public produit dans les dix jours l’original ou une copie des documents exigés [. . .] en vertu du paragraphe (1) » (*Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 165, par. 44(3)). L’alinéa 44(1)(b) autorise le commissaire à « rendre une ordonnance enjoignant à une personne de [. . .] produire à son intention un document qu’elle a en sa possession ». L’alinéa 44(2)(a) dispose qu’il peut s’adresser à la cour suprême de la Colombie-Britannique afin d’obtenir une ordonnance « enjoignant à une personne de se conformer à une ordonnance rendue sur le fondement du paragraphe (1) ». Je signale que le pouvoir conféré à la cour par l’al. 44(2)(a) se limite à « enjoin[dre] à une personne de se conformer à une ordonnance rendue sur le fondement du paragraphe (1) [c.-à-d. *une ordonnance du commissaire*] ». C’est donc l’ordonnance du commissaire que la cour est autorisée à faire respecter au par. 44(2).

[116] La loi a été modifiée en 2003 de manière à prévoir (au par. 44(2.1)) que lorsqu’un document protégé par le secret professionnel de l’avocat est produit à l’intention du commissaire, à sa demande ou « en application du paragraphe (1) », le secret professionnel de l’avocat continue de protéger le document malgré la communication (*Freedom of Information and Protection of Privacy Amendment Act, 2003*, S.B.C. 2003, c. 5, art. 15; voir aussi la *Public Inquiry Act*, S.B.C. 2007, c. 9, art. 76, qui modifie l’art. 44 de la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, mais pas de manière pertinente en ce qui nous concerne). Rappelons que l’ordonnance rendue sur le fondement du par. 44(1) est celle du commissaire qui enjoint à une personne

the Commissioner does not constitute a waiver of the privilege.

[117] The premise of the amendment — and this is the important point — is that records subject to solicitor-client privilege fall within the Commissioner’s powers under s. 44(1) and (3) to order production notwithstanding “any privilege of the law of evidence”. Otherwise, the amendment dealing with waiver of solicitor-client privilege would be meaningless in relation to records ordered produced by the Commissioner under s. 44(1). The amendment (s. 44(2.1)) refers specifically to solicitor-client privileged records that a person “discloses . . . at the request of the commissioner, or under subsection (1)”. The legislature must have assumed that s. 44(1) permits the Commissioner to require production of solicitor-client privileged records. Otherwise, there could be no record subject to solicitor-client privilege disclosed to the Commissioner under s. 44(1) to which the amendment could refer.

[118] This amendment thus makes it clear that the British Columbia legislature, in requiring records to be produced to the Commissioner notwithstanding “any privilege of the law of evidence” in s. 44(3), assumed that phrase to refer to records subject to solicitor-client privilege. This seems to me to answer Justice Côté’s contention that the expression “privilege of the law of evidence” is not sufficiently “clear, explicit and unequivocal” to refer to solicitor-client privilege: para. 44.

[119] The appellant’s position is that the expression “any privilege of the law of evidence” excludes solicitor-client privilege in *FOIPP*. But the fact that the same expression in the parallel British Columbia legislation clearly *includes* solicitor-client privilege

de produire un document. Autrement dit, la modification fait en sorte que la production d’un document protégé par le secret professionnel de l’avocat conformément à une ordonnance du commissaire n’emporte pas renonciation au privilège.

[117] La modification a pour postulat — et c’est là le point important — que le document protégé par le secret professionnel de l’avocat fait partie de ceux dont le commissaire peut, en vertu des par. 44(1) et (3), ordonner la production malgré [TRADUCTION] « tout privilège que reconnaît le droit de la preuve ». S’il en allait autrement, la modification relative à la renonciation au secret professionnel de l’avocat n’aurait aucun sens dans le cas des documents dont la production est ordonnée par le commissaire en vertu du par. 44(1). La disposition issue de la modification (le par. 44(2.1)) renvoie expressément au document protégé par le secret professionnel de l’avocat qu’une personne « communique [. . .] à la demande [du commissaire] ou en application du paragraphe (1) ». Le législateur doit avoir tenu pour acquis que le par. 44(1) autorisait le commissaire à exiger la production d’un document protégé par le secret professionnel de l’avocat. Sinon, il ne pourrait y avoir de document protégé par le secret professionnel de l’avocat communiqué au commissaire par application du par. 44(1) auquel pourrait renvoyer la nouvelle disposition.

[118] Il est donc clair, au vu de cette modification, que lorsque le législateur de la Colombie-Britannique prévoit au par. 44(3) l’obligation de produire un document à l’intention du commissaire malgré [TRADUCTION] « tout privilège que reconnaît le droit de la preuve », il tient pour acquis que ce dernier énoncé vise le secret professionnel de l’avocat. Cela me paraît répondre à la prétention de la juge Côté selon laquelle l’expression « privilège que reconnaît le droit de la preuve » n’est pas suffisamment « claire, explicite et non équivoque » pour viser le secret professionnel de l’avocat (par. 44).

[119] L’appelante fait valoir que, dans la *FOIPP*, l’énoncé [TRADUCTION] « tout privilège que reconnaît le droit de la preuve » n’englobe pas le secret professionnel de l’avocat. Or, le fait que la même expression employée dans une disposition apparentée

adds credence to the view that the phrase includes solicitor-client privilege in *both* statutes. And we should reflect carefully on the implications of holding, as Justice Côté would, that identical words in two pieces of legislation dealing with the same subject matter both do and do not refer to solicitor-client privilege, depending on drafting nuances that reveal no difference in substance.

#### (4) Conclusion

[120] The grammatical and ordinary meaning of the language of s. 56(3) of the legislation, the statutory context and the legislative history all support the conclusion that the legislature expressed a clear intention to allow the Commissioner and his or her delegates to order the production of documents subject to solicitor-client privilege in the course of an inquiry in order to assess the claim of privilege.

#### C. *Did the Commissioner's Delegate Make a Reviewable Error in Ordering Production?*

[121] Having found that s. 56(3) of *FOIPP* allows the Commissioner to abrogate solicitor-client privilege, we must decide whether the Commissioner's delegate made a reviewable error by ordering production of the documents subject to a claim of solicitor-client privilege in the circumstances. This Court's jurisprudence imposes a requirement that solicitor-client privilege should only be abrogated when it is absolutely necessary to do so in order to achieve the ends sought by the enabling legislation. As Binnie J. noted in *Blood Tribe*, "[e]ven courts will decline to review solicitor-client documents to adjudicate the existence of privilege unless evidence or argument establishes the necessity of doing so to fairly decide the issue": para. 17.

[122] The University submitted a sworn affidavit by the Commissioner in August 2010. In the affidavit, the Commissioner swore that University

de la Colombie-Britannique *visé* clairement le secret professionnel de l'avocat vient appuyer la prétention selon laquelle, dans *les deux* lois, l'énoncé renvoie notamment au secret professionnel de l'avocat. Et il nous faut y réfléchir à deux fois avant de décider, comme le ferait la juge Côté, que le libellé identique de deux textes de loi portant sur le même sujet renvoie ou non au secret professionnel de l'avocat en fonction de nuances rédactionnelles qui ne traduisent aucune différence de fond.

#### (4) Conclusion

[120] Le sens ordinaire et grammatical des termes employés au par. 56(3) de la loi, le contexte législatif et l'historique législatif étayent tous la conclusion selon laquelle le législateur a exprimé l'intention claire de permettre au commissaire et à ses délégués d'ordonner la production de documents dans le cadre d'une enquête afin de se prononcer sur l'application du secret professionnel de l'avocat invoqué à leur égard.

#### C. *Le délégué de la Commissaire a-t-il commis une erreur susceptible de contrôle en ordonnant la production?*

[121] Après avoir conclu que le par. 56(3) de la *FOIPP* permet à la Commissaire de lever le secret professionnel de l'avocat, nous devons décider si le délégué de la Commissaire a commis une erreur susceptible de contrôle en ordonnant la production de documents dont on alléguait qu'ils étaient protégés par le secret professionnel de l'avocat. La jurisprudence de notre Cour commande que l'on ne puisse lever le secret professionnel de l'avocat que lorsque cela est absolument nécessaire à la réalisation des objectifs de la loi habilitante. Comme le signale le juge Binnie dans l'arrêt *Blood Tribe*, « [m]ême les tribunaux refusent d'examiner des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat pour statuer sur l'existence du privilège, à moins que des éléments de preuve ou des arguments démontrent la nécessité de le faire pour trancher la question en toute justice » (par. 17).

[122] En août 2010, l'Université a déposé un affidavit dans lequel la Commissaire déclarait sous serment que les services juridiques de l'Université

Legal Services and external legal counsel advised various University officials about the applicant's employment history with the University. She swore that she was advised by the University's General Counsel and believed that solicitor-client privilege had been asserted over the communications given and received by the University lawyers in respect of this matter. Attached as an exhibit to the affidavit was a chart identifying the page numbers over which solicitor-client privilege was being asserted. Nothing other than page numbers described these documents.

[123] The following day, the respondent filed written submissions with the Commissioner. The University submitted that it was claiming solicitor-client privilege over records involving the University's General Counsel and the University's external legal counsel. The University reproduced the chart of page numbers subject to solicitor-client privilege, submitting that they were communications involving legal counsel which were being withheld on the basis of solicitor-client privilege.

[124] The Commissioner's delegate sent the respondent a letter requesting further information and evidence on the privilege issue in September 2010. The delegate asked the respondent to complete the record form for each record or to provide information requested in the record form in another format. In response, the University's Provost and Vice-President (Academic) filed a letter with the Commissioner. In the letter, he explained that the applicant had started a multi-million dollar lawsuit against the University, which was being vigorously defended. He noted that the "communication between the University of Calgary and its legal advisors" was the "subject matter of solicitor-client privilege as recognized in the common law for centuries, by the Supreme Court of Canada in the *Blood Indian Tribe* decision . . . and also in Section 27 of the FOIP Act". He also affirmed that the University would not waive privilege on the records identified by the Commissioner in her affidavit.

et un avocat externe avaient conseillé divers représentants de l'Université sur les états de service de l'auteure de la demande au sein de l'Université. Elle déclarait que l'avocat général de l'Université l'avait informée — et qu'elle croyait — que le secret professionnel de l'avocat avait été invoqué à l'égard des échanges avec les avocats de l'Université dans ce dossier. Une pièce était jointe à la déclaration sous serment, à savoir un tableau indiquant le numéro des pages pour lesquelles le secret professionnel de l'avocat était invoqué. Seuls les numéros de page des documents en cause étaient indiqués.

[123] Le lendemain, l'intimé a déposé des observations écrites auprès de la Commissaire. L'Université invoquait le secret professionnel de l'avocat à l'égard des documents qui concernaient l'avocat général de l'Université et l'avocat externe de celle-ci. Elle reproduisait le tableau indiquant le numéro des pages protégées par le secret professionnel de l'avocat pour faire valoir qu'il s'agissait de communications avec un avocat dont la production était refusée en raison du secret professionnel de l'avocat.

[124] En septembre 2010, le délégué de la Commissaire a transmis à l'intimé une lettre lui demandant un complément d'information sur le privilège invoqué et quelque élément établissant l'existence de celui-ci. Il l'a invité à remplir le formulaire requis pour chacun des documents ou à fournir les renseignements demandés dans le formulaire par quelque autre moyen. En réponse à la demande, le vice-recteur à l'enseignement et à la recherche de l'Université a transmis à la Commissaire une lettre dans laquelle il expliquait que l'auteure de la demande avait intenté contre l'Université une poursuite de plusieurs millions de dollars qui était vigoureusement contestée. Il indiquait que [TRADUCTION] « les communications entre l'Université de Calgary et ses avocats » étaient « protégées par le secret professionnel de l'avocat que reconnaît la common law depuis des siècles, la Cour suprême du Canada depuis l'arrêt *Blood Indian Tribe* [. . .] de même que l'art. 27 de la [FOIPP] ». Il affirmait également que l'Université n'entendait pas renoncer au secret des documents auxquels la Commissaire renvoyait dans son affidavit.

[125] The University’s external counsel also filed a letter with the Commissioner. In the letter, he stated that the “University must defend itself against the multiple legal matters commenced by [the applicant] and in so doing, must rely on solicitor-client privilege to ensure that communications involving the University General Counsel and its external counsel, for the purposes of giving advice and understanding the issues, remain confidential”.

[126] The Commissioner’s delegate required the University to produce the records over which solicitor-client privilege was claimed. The delegate explained that production was required because the University had failed to provide adequate evidence of a claim of solicitor-client privilege.

[127] The appellant conceded in the hearing before this Court that the University’s claim of privilege complied with the requirements of Alberta civil litigation practice at the time, which was governed by *Dorchak v. Krupka*, 1997 ABCA 89, 196 A.R. 81. While I understand that these requirements have since evolved in light of the subsequent decision by the Alberta Court of Appeal in *Canadian Natural Resources Ltd. v. ShawCor Ltd.*, 2014 ABCA 289, 580 A.R. 265, it was, in my view, a reviewable error for the Commissioner’s delegate to impose a more onerous standard on the University in relation to its assertion of privilege than that applicable in civil litigation before the courts. This conclusion is reinforced by the fact that the evidence filed with the Commissioner met the three-part test set out in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821. The evidence — in particular the letter by the University’s external legal counsel — clearly asserts that the documents are communications between solicitor (the University’s external legal counsel) and client (the University’s General Counsel, on behalf of the University); which entails the seeking or giving of legal advice; and which is intended to be confidential by the parties.

[125] L’avocat externe de l’Université a également transmis à la Commissaire une lettre dans laquelle il indiquait que [TRADUCTION] « l’Université doit se défendre contre les multiples instances judiciaires engagées par [l’auteur de la demande] et, ce faisant, elle doit invoquer le secret professionnel de l’avocat afin que les communications intervenues avec son avocat général et son avocat externe, aux fins de la conseiller et de lui expliquer les enjeux juridiques, demeurent confidentielles ».

[126] Le délégué de la Commissaire a ordonné à l’Université de produire les documents à l’égard desquels était invoqué le secret professionnel de l’avocat. Il a dit exiger leur production parce que l’Université n’avait pas dûment établi l’application du secret professionnel de l’avocat.

[127] À l’audience devant notre Cour, l’appelante a reconnu que l’allégation du privilège par l’Université respectait les règles de pratique qui valaient alors en matière civile en Alberta, lesquelles obéissaient à l’arrêt *Dorchak c. Krupka*, 1997 ABCA 89, 196 A.R. 81. Ces règles ont certes évolué à la lumière de l’arrêt subséquent *Canadian Natural Resources Ltd. c. ShawCor Ltd.*, 2014 ABCA 289, 580 A.R. 265, de la Cour d’appel de l’Alberta. J’estime cependant que le délégué de la Commissaire a commis une erreur susceptible de contrôle en soumettant l’Université à une norme plus stricte que celle applicable dans un litige civil devant une cour de justice pour établir l’existence du privilège invoqué. Cette conclusion est étayée par le fait que la preuve présentée à la Commissaire répondait au critère à trois volets énoncé dans l’arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821. La preuve — plus particulièrement la lettre de l’avocat externe de l’Université — indique clairement que les documents constituent des communications entre un avocat (l’avocat externe de l’Université) et son client (l’avocat général de l’Université, au nom de l’Université), qu’elles visent à obtenir un avis juridique ou à en donner un et que les parties ont voulu qu’elles demeurent confidentielles.

IV. Disposition

[128] The express language and the full context of s. 56(3) of *FOIPP* demonstrate that the legislature intended to abrogate solicitor-client privilege to the extent of permitting the Commissioner to order production of records over which solicitor-client privilege is asserted when necessary to adjudicate the validity of that claim. However, the Commissioner made a reviewable error by ordering production in the face of the evidence submitted in relation to the claim of privilege.

[129] I would dismiss the appeal with costs to the University throughout.

The following are the reasons delivered by

[130] ABELLA J. — Most legal decisions made by tribunals touch on important legal questions, such as limitation periods in *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, [2013] 3 S.C.R. 895, or estoppel in *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, [2011] 3 S.C.R. 616. They have been found nonetheless to fall within the reasonableness test created in *Dunsmuir* for adjudicators applying their expertise in interpreting their own specialized mandates. We have not, before this case, excavated the legal concept from its statutory context in order to give it the singular stature *Dunsmuir* says attracts correctness.

[131] This Court has decided six cases in recent years involving disclosure decisions by Information and Privacy Commissioners. In two of them — *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, [2013] 3 S.C.R. 733, and *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, [2008]

IV. Dispositif

[128] Il appert du libellé exprès du par. 56(3) de la *FOIPP* et de la totalité du contexte dans lequel il s'inscrit que le législateur a voulu supprimer le secret professionnel de l'avocat pour permettre à la Commissaire d'ordonner la production de documents lorsque cette mesure est nécessaire pour se prononcer sur l'application du secret professionnel de l'avocat invoqué à leur égard. Toutefois, la Commissaire a commis une erreur susceptible de contrôle en ordonnant la production des documents malgré la preuve offerte à l'appui de l'existence du privilège.

[129] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi, avec dépens en faveur de l'Université devant toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

[130] LA JUGE ABELLA — La plupart des décisions d'ordre juridique que rendent les tribunaux administratifs touchent d'importantes questions de droit, telles que le délai de prescription (*McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2013] 3 R.C.S. 895) ou la préclusion (*Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, [2011] 3 R.C.S. 616). On estime néanmoins que, suivant l'arrêt *Dunsmuir*, elles commandent l'application de la norme de la décision raisonnable lorsque le décideur met son expertise à contribution pour interpréter son propre mandat spécialisé. Or, avant d'être saisis de la présente affaire, nous n'avons pas extirpé la notion de droit de son contexte législatif de manière à lui attribuer l'envergure particulière qui, selon *Dunsmuir*, appelle la norme de la décision correcte.

[131] Dans six pourvois récents, la Cour statue sur la décision d'un commissaire à l'information et à la protection de la vie privée d'ordonner ou non une communication. Dans deux d'entre eux — *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, [2013] 3 R.C.S.

2 S.C.R. 574 — there was no reference to the standard of review. In the four remaining — *Ontario (Community Safety and Correctional Services) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, [2014] 1 S.C.R. 674; *John Doe v. Ontario (Finance)*, [2014] 2 S.C.R. 3; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, [2011] 3 S.C.R. 654; and *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, [2010] 1 S.C.R. 815 — the standard of review was held to be reasonableness. In the 2010 case of *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, a Commissioner's decision was reviewed on the reasonableness standard, even though the issue involved the disclosure of documents covered by solicitor-client privilege.

[132] In each case, a Commissioner was interpreting his or her home statute. Under *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, and its progeny, that means the standard of review is reasonableness unless the question raised falls into one of the categories to which the correctness standard applies, such as questions of central importance to the legal system as a whole which are outside the tribunal's expertise.

[133] Despite this clear lineage, we now find ourselves being asked to depart from what has been the accepted path for Information and Privacy Commissioners applying their specialized expertise in interpreting their own statutes, including when solicitor-client privilege is at issue, and asked to follow a new route for no discernible reason.

[134] Solicitor-client privilege is neither more nor less important now than it was when we decided all of the previous cases under a reasonableness standard. That standard applied because, as here, the issue, while important, was well within the statutory mandate the Commissioner works

733, et *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, [2008] 2 R.C.S. 574 — elle ne fait pas mention de la norme de contrôle applicable. Dans les quatre autres — *Ontario (Sécurité communautaire et Services correctionnels) c. Ontario (Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée)*, [2014] 1 R.C.S. 674; *Untel c. Ontario (Finances)*, [2014] 2 R.C.S. 3; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, [2011] 3 R.C.S. 654, et *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, [2010] 1 R.C.S. 815 — elle applique la norme de la décision raisonnable. Dans l'arrêt *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association* rendu en 2010, la décision d'un commissaire est contrôlée selon la norme de la décision raisonnable même si le litige porte sur la communication de documents protégés par le secret professionnel de l'avocat.

[132] Dans chacune de ces affaires, un commissaire interprétait sa loi habilitante. L'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, et ceux rendus dans sa foulée veulent qu'en pareil cas la norme de la décision raisonnable s'applique, sauf lorsque la question soulevée appartient à l'une ou l'autre des catégories qui commandent l'application de la norme de la décision correcte, telles les questions d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble qui sont étrangères au domaine d'expertise du tribunal.

[133] Malgré ce cheminement clair, on nous demande aujourd'hui de rompre avec la démarche établie lorsqu'un commissaire à l'information et à la protection de la vie privée met à contribution ses connaissances spécialisées pour interpréter sa loi habilitante, y compris dans un dossier où le secret professionnel de l'avocat est en cause, et de nous engager dans une voie nouvelle sans motif discernable.

[134] Le secret professionnel de l'avocat n'est ni plus ni moins important aujourd'hui qu'il ne l'était lorsque nous avons statué dans chacun des pourvois antérieurs au regard de la norme de la décision raisonnable. C'était la bonne norme car, comme en l'espèce, la question, même si elle était importante,

with on a daily basis. It falls, in other words, within her expertise.

[135] The Commissioner’s mandate is to monitor the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, c. F-25, and ensure that its purposes are achieved. The *Act* gives individuals access to certain types of information held by public bodies, subject to specific exceptions. One of those exceptions is solicitor-client privilege, as set out in s. 27(1)(a) of the *Act* which states:

**27(1)** The head of a public body may refuse to disclose to an applicant

- (a) information that is subject to any type of legal privilege, including solicitor-client privilege or parliamentary privilege,

It seems to me to be logically questionable to conclude that even though the legislature has given the Commissioner the express mandate to consider the application of solicitor-client privilege, it is nonetheless deemed to be outside her expertise. Such an approach inexplicably eliminates the conjunctive “and” from the *Dunsmuir* test that requires that the issue be both of central importance to the legal system *and* outside the expertise of the adjudicator. It also has the disruptive potential for rendering meaningless the presumption of deference to home statute expertise.

[136] Moreover, she is not being asked to explain the content of solicitor-client privilege for the whole legal system, she is being asked to apply it in the context of one provision — s. 56(3) — of the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, her enabling legislation. This is classic “reasonableness review” territory.

relevait bel et bien du mandat légal dans le cadre duquel le commissaire exerçait ses fonctions au quotidien. En d’autres mots, elle relevait de son domaine d’expertise.

[135] La Commissaire a pour mandat de surveiller l’application de la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, c. F-25, et de veiller à la réalisation de ses objectifs. La *Loi* confère aux citoyens un droit d’accès à certains types de renseignements que détiennent les organismes publics, sous réserve d’exceptions précises. L’une de ces exceptions correspond au secret professionnel de l’avocat et elle est prévue à l’al. 27(1)(a), dont voici le libellé :

[TRADUCTION] **27(1)** Le responsable de l’organisme public peut refuser de communiquer à l’auteur d’une demande :

- (a) les renseignements qui sont protégés par tout type de privilège légal, notamment le secret professionnel de l’avocat et le privilège parlementaire,

Il me paraît logiquement discutable de conclure que même si le législateur confie à la Commissaire le mandat exprès de se prononcer sur l’application du secret professionnel de l’avocat, cette fonction est néanmoins réputée échapper à son domaine d’expertise. Pareille approche supprime de manière inexplicable la conjonction « et » dans la formulation du critère de l’arrêt *Dunsmuir*, à savoir que la question doit à la fois revêtir une importance capitale pour le système juridique *et* être étrangère au domaine d’expertise du tribunal. Elle risque aussi de se révéler problématique en privant de sens la présomption selon laquelle la déférence s’impose à l’endroit du décideur qui interprète ou qui applique sa loi habilitante.

[136] Qui plus est, dans la présente affaire, on ne demande pas à la Commissaire de se prononcer sur la teneur du secret professionnel de l’avocat pour ce qui concerne le système juridique dans son ensemble, mais bien de l’appliquer pour les besoins d’une disposition de sa loi habilitante, le par. 56(3) de la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*. Il s’agit du territoire classique de la « raisonabilité ».

[137] In my view, however, the Commissioner's decision to order disclosure was unreasonable because it did not sufficiently take into account how solicitor-client privilege works or why (see *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, [2004] 1 S.C.R. 809; *Canada (National Revenue) v. Thompson*, [2016] 1 S.C.R. 381; and *Blood Tribe*). As noted by Justices Côté and Cromwell, even if s. 56(3) had allowed the Commissioner to order production of documents protected by solicitor-client privilege, the University of Calgary had provided sufficient justification for solicitor-client privilege, particularly in light of the laws and practices applicable in the civil litigation context in Alberta. The Commissioner should have exercised her discretion in a manner that interfered with solicitor-client privilege only to the extent absolutely necessary to achieve the ends sought by the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*.

[138] The importance and breadth of this privilege should have framed the Commissioner's interpretation of s. 56(3) to preclude disclosure. Because it did not, I agree that the decision should be set aside.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Jensen Shawa Solomon Duguid Hawkes, Calgary.*

*Solicitors for the respondent: DLA Piper (Canada), Calgary.*

*Solicitors for the intervener the Law Society of Alberta: de Villars Jones, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Freedom of Information and Privacy Association: McCarthy Tétrault, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Information and Privacy Commissioner of Ontario: Information and Privacy Commissioner of Ontario, Toronto.*

[137] À mon sens, la décision d'ordonner la communication est cependant déraisonnable en ce que la Commissaire ne tient pas suffisamment compte de la manière dont s'applique le secret professionnel de l'avocat ou des raisons pour lesquelles il s'applique (voir *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2004] 1 R.C.S. 809; *Canada (Revenu national) c. Thompson*, [2016] 1 R.C.S. 381, et *Blood Tribe*). Comme le signalent les juges Côté et Cromwell, à supposer même que le par. 56(3) autorise la Commissaire à ordonner la communication de documents protégés par le secret professionnel de l'avocat, l'Université de Calgary a suffisamment justifié le respect de ce privilège au vu, tout particulièrement, des règles de droit et de pratique qui avaient cours en matière civile en Alberta. La Commissaire n'aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire de manière attentatoire au secret professionnel de l'avocat que si cela était absolument nécessaire à la réalisation des objectifs de la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*.

[138] L'importance et la portée du privilège auraient dû orienter l'interprétation du par. 56(3) par la Commissaire de sorte qu'il n'y ait pas communication. Puisque tel n'a pas été le cas, je conviens qu'il y a lieu d'annuler la décision.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante : Jensen Shawa Solomon Duguid Hawkes, Calgary.*

*Procureurs de l'intimé : DLA Piper (Canada), Calgary.*

*Procureurs de l'intervenante Law Society of Alberta : de Villars Jones, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante British Columbia Freedom of Information and Privacy Association : McCarthy Tétrault, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario : Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Information and Privacy Commissioner for British Columbia: Miller Thomson, Calgary.*

*Solicitors for the intervener the Information and Privacy Commissioner for the Province of Newfoundland and Labrador: Lewis, Sinnott, Shortall, St. John's.*

*Solicitors for the intervener the Advocates' Society: Peacock Linder Halt & Mack, Calgary.*

*Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Dunphy Best Blocksom, Calgary; McLennan Ross, Calgary.*

*Solicitors for the interveners the Information Commissioner of Canada, the Privacy Commissioner of Canada, the Manitoba Ombudsman, the Northwest Territories Information and Privacy Commissioner, the Nova Scotia Information and Privacy Commissioner [Review Officer], the Nunavut Information and Privacy Commissioner, the Saskatchewan Information and Privacy Commissioner and the Yukon Ombudsman and Information and Privacy Commissioner: Goldblatt Partners, Toronto; Office of the Privacy Commissioner of Canada, Gatineau; Office of the Information Commissioner of Canada, Gatineau.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association: Stockwoods, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant Information and Privacy Commissioner for British Columbia : Miller Thomson, Calgary.*

*Procureurs de l'intervenant Information and Privacy Commissioner for the Province of Newfoundland and Labrador : Lewis, Sinnott, Shortall, St. John's.*

*Procureurs de l'intervenante Advocates' Society : Peacock Linder Halt & Mack, Calgary.*

*Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Dunphy Best Blocksom, Calgary; McLennan Ross, Calgary.*

*Procureurs des intervenants le commissaire à l'information du Canada, le commissaire à la protection de la vie privée du Canada, l'Ombudsman du Manitoba, le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée des Territoires du Nord-Ouest, Nova Scotia Information and Privacy Commissioner [Review Officer], le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée du Nunavut, Saskatchewan Information and Privacy Commissioner et le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée et ombudsman du Yukon : Goldblatt Partners, Toronto; Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, Gatineau; Commissariat à l'information du Canada, Gatineau.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association : Stockwoods, Toronto.*

ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0J1

*En cas de non-livraison, retourner à :*  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0J1

---

Available from:  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1  
scr-rCS@scc-csc.ca

En vente auprès de :  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1  
scr-rCS@scc-csc.ca



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

**Recueil des arrêts  
de la Cour suprême  
du Canada**

---

**Part 3, 2016 Vol. 2**

**3<sup>e</sup> cahier, 2016 Vol. 2**

Cited as [2016] 2 S.C.R. {<sup>i-1</sup>  
617-776

Renvoi [2016] 2 R.C.S. {<sup>i-1</sup>  
617-776

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.  
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjoint  
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef  
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

CLAIRE ZOË BIDER-HALL	Legal Counsel / Conseillers juridiques ANDRÉ GOLDENBERG	JACQUELINE STENCEL
JANICE CHENEY	LEE ANN GORMAN	LESLI TAKAHASHI
HARLEY D'AOÛT	KAREN LEVASSEUR	CAMERON TAYLOR
VALERIE DESJARLAIS	STÉPHANIE MORIN	RENÉE THÉRIALULT
ANNE DES ORMEAUX	JOANNE NORMAN	RENÉE MARIA TREMBLAY
GENEVIÈVE DOMEY	IDA SMITH	ANNA TURINOV

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

DAVID AUBRY	Jurilinguists / Jurilinguistes MARIE-CHRISTIANE BOUCHER	MARIE RODRIGUE
STEPHEN BALOGH	JULIE BOULANGER	CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition  
PETER O'DOHERTY

SUZANNE AUDET	Technical Revisors / Réviseurs techniques LAUREN KOSHURBA	NANCY MCCAUGHAN
MONIQUE DELORME		LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

Manager, Operational Support Services / Gestionnaire, Services d'appui aux opérations  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjointes administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

*Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Library, Supreme Court of Canada, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0J1 together with the old address.*

*Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse à Bibliothèque, Cour suprême du Canada, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0J1, en indiquant l'ancienne adresse.*

## CONTENTS

Title Page .....	i
List of Judges .....	ii
Motions .....	v
Table of Judgments .....	xiii
Table of Cases Cited .....	xvii
Statutes and Regulations Cited .....	xli
Authors Cited .....	xlvi
Index .....	765

### **Windsor (City) v. Canadian Transit Co. .... 617**

Courts — Jurisdiction — Federal Court — Relief sought under constitutional law — Company incorporated by federal legislation owning and operating Canadian half of bridge between Canada and United States — Company purchasing residential properties near bridge to facilitate maintenance and expansion — City issuing repair orders against properties pursuant to municipal by-law — Company applying to Federal Court for declarations that it has rights under its incorporating legislation which supersede municipal by-law — Whether Federal Court has jurisdiction to decide whether Company must comply with by-law and repair orders — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 23 — An Act to incorporate The Canadian Transit Company, S.C. 1921, c. 57.

### **Jean Coutu Group (PJC) Inc. v. Canada (Attorney General) ..... 670**

Contracts — Interpretation — Common intention of parties — Written instruments relating to transactional scheme not reflecting common intention of parties for tax-neutrality — Transactions having unintended tax consequences — Whether, under Quebec civil law, general intention that execution of transactional scheme be tax-neutral sufficient to authorize rectification of written instruments — Civil Code of Québec, art. 1425.

Commercial law — Corporations — Taxation — Whether rectification of written instrument amount to retroactive tax planning.

## SOMMAIRE

Page titre .....	i
Liste des juges.....	iii
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xv
Table de la jurisprudence.....	xxix
Lois et règlements cités.....	xliii
Doctrine et autres documents cités .....	xlvi
Index .....	771

### **Windsor (City) c. Canadian Transit Co. .... 617**

Tribunaux — Compétence — Cour fédérale — Réparation demandée sous le régime du droit constitutionnel — Société constituée par une loi fédérale possédant et exploitant la moitié canadienne d'un pont reliant le Canada aux États-Unis — Achat par la Société de propriétés résidentielles situées près du pont en vue de faciliter l'entretien et l'agrandissement du pont — Ordres de réparation des propriétés donnés par la ville aux termes d'un règlement municipal — Société demandant à la Cour fédérale de déclarer que sa loi constitutive lui confère des droits qui l'emportent sur le règlement municipal — La Cour fédérale a-t-elle compétence pour décider si la Société doit se conformer au règlement et aux ordres de réparation? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 23 — Loi constituant en corporation « The Canadian Transit Company », S.C. 1921, c. 57.

### **Groupe Jean Coutu (PJC) inc. c. Canada (Procureur général) ..... 670**

Contrats — Interprétation — Intention commune des parties — Instruments écrits relatifs à un montage transactionnel ne reflétant pas l'intention commune des parties de neutralité sur le plan fiscal — Transactions aux conséquences fiscales indésirables — En droit civil québécois, l'intention générale que la mise en œuvre d'un montage transactionnel soit neutre sur le plan fiscal est-elle suffisante pour autoriser la rectification des instruments écrits? — Code civil du Québec, art. 1425.

Droit commercial — Sociétés par actions — Fiscalité — La rectification d'un instrument écrit équivaut-elle à une planification fiscale rétroactive?

*Continued on next page*

*Suite à la page suivante*

**CONTENTS** (Concluded)

**Canada (Attorney General) v. Fairmont  
Hotels Inc. .... 720**

Contracts — Equity — Remedies — Rectification of written instrument recording prior agreement — Agreement intended by parties to operate on tax-neutral basis — Corporate resolutions effecting share redemption — Share redemption having unintended tax consequences — Whether courts below erred in holding parties' intention can support grant of rectification — Whether equitable remedy of rectification available.

Commercial law — Corporations — Taxation — Whether rectification of contract amounts to retroactive tax planning.

**SOMMAIRE** (Fin)

**Canada (Procureur général) c. Hôtels  
Fairmont Inc. .... 720**

Contrats — Equity — Recours — Rectification d'un instrument écrit qui consigne une entente antérieure — Souhait des parties que l'entente soit exécutée de façon neutre sur le plan fiscal — Résolutions d'une société portant rachat d'actions — Rachat d'actions entraînant des conséquences non souhaitées — Les juridictions inférieures ont-elles commis une erreur en concluant que l'intention des parties peut justifier l'octroi d'une rectification? — Est-il possible d'obtenir la rectification, une réparation en equity?

Droit commercial — Sociétés par actions — Fiscalité — La rectification du contrat est-elle assimilable à une planification fiscale rétroactive?



**2016 Volume 2**  
**Canada Supreme Court Reports**  
**Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada**

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.

The Registrar, Supreme Court of Canada / Registrataire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registrataire adjoint  
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef  
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL  
JANICE CHENEY  
HARLEY D'AOÛT  
VALERIE DESJARLAIS  
ANNE DES ORMEAUX  
GENEVIÈVE DOMEY

ANDRÉ GOLDENBERG  
LEE ANN GORMAN  
KAREN LEVASSEUR  
STÉPHANIE MORIN  
JOANNE NORMAN  
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL  
LESLI TAKAHASHI  
CAMERON TAYLOR  
RENÉE THÉRIAULT  
RENÉE MARIA TREMBLAY  
ANNA TURINOV

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

DAVID AUBRY  
STEPHEN BALOGH

Jurilinguists / Jurilinguistes  
MARIE-CHRISTIANE BOUCHER  
JULIE BOULANGER

MARIE RODRIGUE  
CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition  
PETER O'DOHERTY

SUZANNE AUDET  
MONIQUE DELORME

Technical Revisors / Réviseurs techniques  
LAUREN KOSHURBA

NANCY MCCAUGHAN  
LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

Manager, Operational Support Services / Gestionnaire, Services d'appui aux opérations  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoints administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ  
MANON PLOUFFE

**JUDGES**  
**OF THE**  
**SUPREME COURT OF CANADA**

The Right Honourable BEVERLEY McLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable THOMAS ALBERT CROMWELL\*

The Honourable MICHAEL J. MOLDAVER

The Honourable ANDROMACHE KARAKATSANIS

The Honourable RICHARD WAGNER

The Honourable CLÉMENT GASCON

The Honourable SUZANNE CÔTÉ

The Honourable RUSSELL BROWN

The Honourable MALCOLM ROWE\*\*

\* On the 31st day of August 2016, the Honourable Thomas Albert Cromwell, a Judge of the Supreme Court of Canada, resigned from the Bench.

\*\* On the 28th day of October 2016, the Honourable Malcolm Rowe, a Judge of the Court of Appeal of Newfoundland and Labrador, was appointed a Judge of the Supreme Court of Canada.

**JUGES**  
**DE LA**  
**COUR SUPRÊME DU CANADA**

La très honorable BEVERLEY McLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable THOMAS ALBERT CROMWELL\*

L'honorable MICHAEL J. MOLDAVER

L'honorable ANDROMACHE KARAKATSANIS

L'honorable RICHARD WAGNER

L'honorable CLÉMENT GASCON

L'honorable SUZANNE CÔTÉ

L'honorable RUSSELL BROWN

L'honorable MALCOLM ROWE\*\*

\* L'honorable Thomas Albert Cromwell, juge de la Cour suprême du Canada, a résigné ses fonctions le 31 août 2016.

\*\* Le 28 octobre 2016, l'honorable Malcolm Rowe, juge de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador, a été nommé juge de la Cour suprême du Canada.



## MOTIONS — REQUÊTES

(September 1 to December 31, 2016 — 1<sup>er</sup> septembre au 31 décembre 2016)

- 1250264 Ontario Inc. v. Pet Valu Canada Inc.*, (Ont.), 36893, leave to appeal refused with costs, 6.10.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 1455257 Ontario Inc. v. The Queen*, (F.C.), 37024, leave to appeal refused with costs, 8.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 1830994 Ontario Ltd. v. A. Farber & Partners Inc.*, (Ont.), 37157, leave to appeal refused with costs, 22.12.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 9090-5647 Québec inc. c. Ville de Sainte-Julie*, (Qc), 37089, leave to appeal refused with costs, 29.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 9162-4676 Québec inc. c. Agence du revenu du Québec*, (Qc), 37172, leave to appeal refused with costs, 24.11.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 9256-0929 Québec inc. c. Turcot*, (Qc), 36959, leave to appeal refused with costs, 20.10.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- A. Farber & Partners Inc. v. Goldfinger*, (Ont.), 37160, leave to appeal refused with costs, 22.12.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- A.G.F. c. S.C.*, (Qc), 37029, leave to appeal refused, 20.10.16, autorisation d'appel refusée.
- Allianz Global Risks US Insurance Co. v. Acciona Infrastructure Canada Inc.*, (B.C.), 36660, leave to appeal remanded to the Court of Appeal for British Columbia for disposition in accordance with *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23, 20.10.16, autorisation d'appel renvoyée à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour qu'elle statue en conformité avec *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23.
- Amgen Canada Inc. v. Apotex Inc.*, (F.C.), 37124, leave to appeal refused with costs, 27.10.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Amormino v. Police Services Board (OPP)*, (Ont.), 37030, leave to appeal refused with costs, 22.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Archambault c. Agence du revenu du Québec*, (Qc), 36921, leave to appeal refused with costs, 8.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Association des juristes de Justice c. Procureur général du Canada*, (C.F.), 37014, leave to appeal granted with costs in the cause, 10.11.16, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Atawnah v. Minister of Public Safety and Emergency Preparedness*, (F.C.), 37122, leave to appeal refused, 1.12.16, autorisation d'appel refusée.
- Attorney General of Canada v. Fontaine*, (Ont.), 37037, leave to appeal granted and leave to cross-appeal refused, 27.10.16, autorisation d'appel accordée et autorisation d'appel incident refusée.
- Aviva Canada Inc. v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, (Ont.), 36867, leave to appeal refused with costs, 22.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Badawy v. Hassanein*, (Alta.), 36961, leave to appeal refused with costs, 10.11.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Badawy v. Law Society of Alberta*, (F.C.), 37165, leave to appeal refused with costs, 10.11.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bagri v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 37199, leave to appeal refused, 1.12.16, autorisation d'appel refusée.
- Bardis v. Haché*, (Que.), 36989, leave to appeal refused with costs, 8.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Barreau du Québec c. Procureure générale du Québec*, (Qc), 37034, leave to appeal granted, 8.9.16, autorisation d'appel accordée.
- BDO Dunwoody LLP v. Miller; Canfield, Paddock and Stone LLP*, (Ont.), 37082, leave to appeal refused with costs, 6.10.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Beke v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37096, leave to appeal refused, 6.10.16, autorisation d'appel refusée.
- Benkhaloud c. Financière Manuvie*, (Qc), 37017, leave to appeal refused, 10.11.16, autorisation d'appel refusée.
- Benson Group Inc. v. Howard*, (Ont.), 37031, leave to appeal refused with costs, 13.10.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Blicharz v. Settlement Lenders Inc.*, (Alta.), 37065, leave to appeal refused, 20.10.16, autorisation d'appel refusée.
- Boone v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37026, leave to appeal refused, 13.10.16, autorisation d'appel refusée.
- Bortnikov v. Rakitova*, (Ont.), 37138, leave to appeal refused, 1.12.16, autorisation d'appel refusée.
- Bouarfa c. Procureure générale du Canada représentant la République française*, (Qc) (Crim.), 36786, leave to appeal refused, 13.10.16, autorisation d'appel refusée.
- Boutilier v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 37168, leave to appeal granted, 1.12.16, autorisation d'appel accordée.
- British Columbia Civil Liberties Association v. University of Victoria*, (B.C.), 37094, leave to appeal refused, 1.12.16, autorisation d'appel refusée.
- British Columbia Human Rights Tribunal v. Schrenk*, (B.C.), 37041, leave to appeal granted with costs in the cause, 13.10.16, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Buesco Construction inc. c. Hôpital Maisonneuve-Rosemont*, (Qc), 37093, leave to appeal refused with costs, 22.12.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Burdet v. Carleton Condominium Corporation No. 396*, (Ont.), 37158, leave to appeal refused with costs, 22.12.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Byrnes v. Law Society of Upper Canada*, (Ont.), 37095, leave to appeal refused with costs, 1.12.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- C.G.M. v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 36952, leave to appeal refused, 15.9.16, autorisation d'appel refusée.
- C.G.M. v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 36987, leave to appeal refused, 15.9.16, autorisation d'appel refusée.
- Cabott v. Urban Systems Ltd.*, (Y.T.), 37090, leave to appeal refused with costs, 29.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cain v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37075, leave to appeal refused, 6.10.16, autorisation d'appel refusée.
- Callow v. Board of School Trustees (S.D. #45 West Vancouver; B.C.)*, (Sask.), 36993, leave to appeal refused, 6.10.16, autorisation d'appel refusée.
- Canada Chrome Corp. v. 2274659 Ontario Inc.*, (Ont.), 36973, leave to appeal refused, 8.9.16, autorisation d'appel refusée.
- Centrale des syndicats du Québec c. Procureure générale du Québec*, (Qc), 37002, leave to appeal granted with costs in the cause, 1.12.16, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Chen v. Howie, Sacks & Henry LLP*, (Ont.), 37005, leave to appeal refused with costs, 22.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Chicago Title Insurance Company of Canada v. MacDonald*, (Ont.), 36830, leave to appeal refused with costs, 20.10.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Comtois v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36990, leave to appeal refused, 8.9.16, autorisation d'appel refusée.
- Conserve Oil 1st Corp. v. Alberta Treasury Branches*, (Alta.), 37025, leave to appeal refused with costs, 13.10.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Conserve Oil 1st Corp. v. Alberta Treasury Branches*, (Alta.), 37025, notice of discontinuance filed, 28.10.16, avis de désistement produit.
- ContainerWest Manufacturing Ltd. v. President of the Canada Border Services Agency*, (F.C.), 37062, leave to appeal refused with costs, 10.11.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cowper-Smith v. Morgan*, (B.C.), 37120, leave to appeal granted with costs in the cause and leave to cross-appeal refused with costs, 1.12.16, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause et autorisation d'appel incident refusée avec dépens.
- Cyr c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 37144, leave to appeal refused, 10.11.16, autorisation d'appel refusée.
- Da'naxda'xw/Awaetlala First Nation v. Minister of Energy, Mines and Natural Gas*, (B.C.), 37074, leave to appeal refused with costs, 10.11.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Daum v. Clapci*, (B.C.), 37081, leave to appeal refused with costs, 29.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Deslaurier Custom Cabinets Inc. v. 1728106 Ontario Inc.*, (Ont.), 37039, leave to appeal remanded to the Court of Appeal for Ontario for disposition in accordance with *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23, 20.10.16, autorisation d'appel renvoyée à la Cour d'appel de l'Ontario pour qu'elle statue en conformité avec *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23.
- Directrice des poursuites criminelles et pénales c. Skyservice F.B.O. Inc.*, (Qc) (Crim.), 36555, leave to appeal refused, 22.12.16, autorisation d'appel refusée.
- Druckmann v. Pollard & Associates Inc.*, (Ont.), 37086, leave to appeal refused with costs, 6.10.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dunkers v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 37133, leave to appeal refused, 1.12.16, autorisation d'appel refusée.
- DuProprio inc. c. Organisme d'autoréglementation du courtage immobilier du Québec (OACIQ)*, (Qc), 36972, leave to appeal refused with costs, 3.11.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Durham Regional Crime Stoppers Inc. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37052, leave to appeal granted, 20.10.16, autorisation d'appel accordée.
- E.D. c. D.D.*, (Qc), 37100, leave to appeal refused, 13.10.16, autorisation d'appel refusée.
- Ellis v. Ontario College of Teachers*, (Ont.), 37076, leave to appeal refused with costs, 13.10.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Enbridge Gas New Brunswick Limited Partnership v. New Brunswick*, (N.B.), 37035, leave to appeal refused with costs, 29.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Exeter v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 36988, leave to appeal refused, 8.9.16, autorisation d'appel refusée.
- F.H. v. J.A.*, (Que.), 37092, leave to appeal refused, 1.12.16, autorisation d'appel refusée.
- Falconer v. The Queen*, (N.S.) (Crim.), 37033, leave to appeal refused, 6.10.16, autorisation d'appel refusée.
- Federal Government Dockyard Trades and Labour Council v. The Queen in Right of Canada*, (B.C.), 35569, leave to appeal refused with costs, 1.12.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fédération des producteurs acéricoles du Québec c. Unique assurances générales inc.*, (Qc), 37047, leave to appeal refused with costs, 17.11.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Finn v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (B.C.) (Crim.), 37053, leave to appeal refused, 22.12.16, autorisation d'appel refusée.
- Foessl v. Attorney General of Ontario*, (Ont.), 37085, leave to appeal refused with costs, 6.10.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Garrett v. Oldfield, Greaves, D'Agostino*, (Ont.), 37159, leave to appeal refused with costs, 8.12.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gillis v. BCE Inc.*, (N.S.), 36468, leave to appeal refused with costs, 22.12.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gong v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 37040, leave to appeal refused with costs, 29.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Grand Financial Management Inc. v. Solemio Transportation Inc.*, (Ont.), 36982, leave to appeal refused with costs, 8.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gustavson v. The Warden, Mission Institution*, (B.C.) (Crim.), 37147, leave to appeal refused, 17.11.16, autorisation d'appel refusée.
- Haas v. The Queen*, (Man.) (Crim.), 37103, leave to appeal refused, 29.9.16, autorisation d'appel refusée.
- Hafichuk-Walkin v. BCE Inc.*, (Man.), 37011, leave to appeal refused with costs, 22.12.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Harrison v. The Queen in Right of the Province of British Columbia*, (B.C.), 36073, leave to appeal refused with costs on a solicitor-client basis, 27.10.16, autorisation d'appel refusée avec dépens entre avocat et client.
- Haug v. Warden of Dorchester Institution*, (N.B.), 37183, leave to appeal refused with costs, 1.12.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Henri v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 36944, leave to appeal refused with costs, 15.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hill v. Hill*, (Alta.), 36980, leave to appeal refused with costs, 15.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hood v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 37143, leave to appeal refused, 1.12.16, autorisation d'appel refusée.
- Hu v. Alberta Law Enforcement Review Board*, (Alta.), 37004, leave to appeal refused with costs, 3.11.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hwiltsum First Nation v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 37079, leave to appeal refused with costs, 10.11.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ibrahim v. Toronto Transit Commission*, (Ont.), 37044, leave to appeal refused with costs, 6.10.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jayaraj v. The Right Honourable Governor General David Johnston*, (F.C.), 36954, leave to appeal refused with costs, 15.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jean c. Société Radio-Canada*, (C.F.), 37020, leave to appeal refused with costs, 29.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jerace v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 37150, leave to appeal refused, 3.11.16, autorisation d'appel refusée.
- Jin v. Canada Revenue Agency*, (B.C.) (Crim.), 37300, notice of discontinuance filed, 20.12.16, avis de désistement produit.
- Johnson v. The Queen in Right of Ontario*, (Ont.), 37116, leave to appeal refused with costs, 10.11.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Johnson & Johnson inc. v. Dick*, (Que.), 36996, leave to appeal refused with costs, 15.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Jones v. The Queen in Right of Canada*, (Ont.) (Crim.), 37194, leave to appeal granted, 17.11.16, autorisation d'appel accordée.
- Karam v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 37012, leave to appeal refused with costs, 8.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- KénoI c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 37139, leave to appeal refused, 1.12.16, autorisation d'appel refusée.
- Kerfoot v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (B.C.) (Crim.), 37102, leave to appeal refused, 1.12.16, autorisation d'appel refusée.
- Konjarski v. Inquiries, Complaints and Reports Committee of the College of Physiotherapists of Ontario*, (Ont.), 37001, leave to appeal refused with costs, 15.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Kwong v. Minister of Citizenship and Immigration Canada*, (F.C.), 37061, leave to appeal refused with costs, 29.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- L.M. v. Director of Child, Family and Community Services*, (B.C.), 37188, notice of discontinuance filed, 10.11.16, avis de désistement produit.
- L.V.R. v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36977, leave to appeal refused, 15.9.16, autorisation d'appel refusée.
- Laboucane v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 37177, leave to appeal refused, 22.12.16, autorisation d'appel refusée.
- Laforest c. La Reine*, (C.F.), 36948, leave to appeal refused with costs, 6.10.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lajeunesse c. 9069-4654 Québec inc.*, (Qc), 37320, leave to appeal granted, 22.12.16, autorisation d'appel accordée.
- Lamouche v. Calaheson*, (Alta.), 37111, leave to appeal refused with costs, 24.11.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lapple v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37242, leave to appeal refused, 1.12.16, autorisation d'appel refusée.
- Larocque c. Agence du revenu du Québec*, (Qc), 37043, leave to appeal refused with costs, 10.11.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Latham v. Attorney General of Canada*, (Sask.), 36947, leave to appeal refused, 8.9.16, autorisation d'appel refusée.
- Le v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36969, leave to appeal refused, 27.10.16, autorisation d'appel refusée.
- Leason v. McAlpine*, (Alta.), 37099, leave to appeal refused with costs, 10.11.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Leblanc v. The Queen*, (F.C.), 37056, leave to appeal refused with costs, 20.10.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Leblanc v. The Queen*, (F.C.), 37057, leave to appeal refused with costs, 20.10.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lin v. Human Rights Tribunal Ontario*, (Ont.), 37007, leave to appeal refused, 1.9.16, autorisation d'appel refusée.
- Lin v. Li*, (Ont.), 37009, leave to appeal refused, 1.9.16, autorisation d'appel refusée.
- Lin v. Rock*, (Ont.), 37008, leave to appeal refused with costs, 1.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lin v. Wong*, (Ont.), 37010, leave to appeal refused with costs, 1.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lin v. Zhang*, (Ont.), 36956, leave to appeal refused, 15.9.16, autorisation d'appel refusée.
- Liu v. Wong*, (Ont.), 37072, leave to appeal refused with costs, 13.10.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Loughlin v. Gordon*, (N.B.), 37131, leave to appeal refused with costs, 1.12.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lum v. Inquiries, Complaints and Reports Committee of the College of Physiotherapists of Ontario*, (Ont.), 37000, leave to appeal refused with costs, 15.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- M.D. v. The Queen*, (B.C.), 36995, leave to appeal refused with costs, 15.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mancinelli v. Barrick Gold Corp.*, (Ont.), 37225, notice of discontinuance filed, 27.10.16, avis de désistement produit.
- Marshall v. Robbins*, (N.S.), 37243, leave to appeal refused with costs, 1.12.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Miron c. Syndicat des travailleuses et des travailleurs du Comité de gestion de la taxe scolaire de l'Île de Montréal*, (Qc), 37108, leave to appeal refused with costs, 10.11.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Morrill v. Morrill*, (Man.), 37195, leave to appeal refused with costs, 1.12.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Murwanashyaka v. The Queen*, (N.B.) (Crim.), 37137, leave to appeal refused, 1.12.16, autorisation d'appel refusée.
- National Hockey League v. Warren*, (Ont.), 37019, leave to appeal refused with costs, 20.10.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nguyen v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36950, leave to appeal refused, 8.9.16, autorisation d'appel refusée.
- Nichols v. Do*, (B.C.), 37016, leave to appeal refused with costs, 6.10.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ntibarimungu v. Smith*, (B.C.), 36931, leave to appeal refused with costs, 15.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Olenga c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 37121, leave to appeal refused, 3.11.16, autorisation d'appel refusée.
- Olumide v. The Queen in Right of Canada*, (F.C.), 37105, leave to appeal refused with costs, 6.10.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Orr v. Peerless Trout First Nation*, (F.C.), 37087, leave to appeal refused with costs, 1.12.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- P.M. v. Children's Aid Society of Toronto*, (Ont.), 36913, leave to appeal refused, 22.9.16, autorisation d'appel refusée.
- Pellán c. Agence du revenu du Québec*, (Qc), 36945, leave to appeal refused with costs, 22.12.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pereira c. Commission des transports du Québec*, (Qc), 37063, leave to appeal refused with costs, 22.12.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pintea v. Johns*, (Alta.), 37109, leave to appeal granted with costs, 27.10.16, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Police Complaint Commissioner of British Columbia v. Abbotsford Police Department*, (B.C.), 36855, leave to appeal refused with costs, 15.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Prochazka v. Prochazkova*, (Alta.), 37022, leave to appeal refused, 6.10.16, autorisation d'appel refusée.
- Procureur général du Canada c. Thouin*, (Qc), 36869, leave to appeal granted with costs in the cause, 3.11.16, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Procureur général du Canada c. Way*, (Qc), 36746, notice of discontinuance filed, 7.9.16, avis de désistement produit.
- Prosser v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37119, leave to appeal refused, 10.11.16, autorisation d'appel refusée.
- Quansah v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37013, leave to appeal refused, 22.9.16, autorisation d'appel refusée.
- Qin v. Canada Revenue Agency*, (B.C.) (Crim.), 37300, notice of discontinuance filed, 20.12.16, avis de désistement produit.
- R. v. Chapman*, (Ont.) (Crim.), 37058, leave to appeal refused, 13.10.16, autorisation d'appel refusée.
- R. c. Green*, (Qc) (Crim.), 36975, leave to appeal refused, 8.9.16, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Green*, (Que.) (Crim.), 36836, leave to appeal refused, 15.9.16, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Mustard*, (Man.) (Crim.), 37078, leave to appeal refused, 8.12.16, autorisation d'appel refusée.

- R.A. v. S.T.*, (Que.), 36896, leave to appeal refused with costs, 8.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- RBC General Insurance Co. v. Machaj*, (Ont.), 37055, leave to appeal refused with costs, 22.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ren v. Jin*, (Alta.), 37023, leave to appeal refused, 13.10.16, autorisation d'appel refusée.
- Rice v. Attorney General of Canada*, (Que.), 37077, leave to appeal refused with costs, 22.12.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Roberts v. Superintendent of Motor Vehicles*, (B.C.), 37128, leave to appeal refused with costs, 1.12.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rusnak v. Shafir*, (Alta.), 37028, leave to appeal refused with costs, 8.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- S.C. v. Children's Aid Society of London and Middlesex*, (Ont.), 37097, leave to appeal refused, 6.10.16, autorisation d'appel refusée.
- Sanderson v. Mangadlao*, (Que.), 37048, leave to appeal refused with costs, 3.11.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sandoz Canada Inc. v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 36798, notice of discontinuance filed, 8.9.16, avis de désistement produit.
- Sankar v. Bell Mobility Inc.*, (Ont.), 37045, leave to appeal remanded to the Court of Appeal for Ontario for disposition in accordance with *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23, 20.10.16, autorisation d'appel renvoyée à la Cour d'appel de l'Ontario pour qu'elle statue en conformité avec *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23.
- Sargent v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 37060, leave to appeal refused, 27.10.16, autorisation d'appel refusée.
- Saskatchewan (Attorney General) v. Chief M. Todd Peigan*, (F.C.), 37084, leave to appeal and cross-appeal refused with costs, 22.12.16, autorisations d'appel et d'appel incident refusées avec dépens.
- Sciascia v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37155, leave to appeal granted, 1.12.16, autorisation d'appel accordée.
- Seyedi v. Nexen Energy ULC*, (Alta.), 36957, leave to appeal refused with costs, 6.10.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sheriffe v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37101, leave to appeal refused, 1.12.16, autorisation d'appel refusée.
- Stewart v. Keating*, (Sask.), 37032, leave to appeal refused, 22.9.16, autorisation d'appel refusée.
- St-Germain c. St-Germain*, (Qc), 36958, leave to appeal refused with costs, 6.10.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Templanza v. Wolfman*, (Alta.), 36892, leave to appeal refused, 15.9.16, autorisation d'appel refusée.
- Tippett v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36966, leave to appeal refused, 6.10.16, autorisation d'appel refusée.
- Toronto Police Services Board v. Good*, (Ont.), 37050, leave to appeal refused with costs, 10.11.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tremblay c. Ultramar Ltée*, (Qc), 36923, leave to appeal refused with costs, 8.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Trottier c. Pépin*, (Qc), 37104, leave to appeal refused with costs, 1.12.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Trudel v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37098, leave to appeal refused, 1.12.16, autorisation d'appel refusée.
- Truter v. M.A. Concrete Ltd.*, (B.C.), 37106, leave to appeal refused with costs, 3.11.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Turmel v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37064, leave to appeal refused, 6.10.16, autorisation d'appel refusée.

- Turner v. Bell Mobility Inc.*, (Alta.), 36899, leave to appeal refused with costs, 22.12.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- V.J.F. v. S.K.W.*, (B.C.), 37091, leave to appeal refused with costs, 13.10.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Virdi v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (B.C.) (Crim.), 37237, leave to appeal refused, 22.12.16, autorisation d'appel refusée.
- Visic v. Human Rights Tribunal of Ontario*, (Ont.), 37125, leave to appeal refused with costs, 3.11.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Visic v. Human Rights Tribunal of Ontario*, (Ont.), 37126, leave to appeal refused, 3.11.16, autorisation d'appel refusée.
- Visic v. Ontario Human Rights Tribunal*, (Ont.), 37127, leave to appeal refused with costs, 3.11.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Wang v. Li*, (Que.), 37067, leave to appeal refused with costs, 27.10.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- WestJet v. Chabot*, (Que.), 37027, leave to appeal refused with costs, 27.10.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Williams Lake Indian Band v. The Queen in Right of Canada*, (F.C.), 36983, leave to appeal granted with costs, 13.10.16, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Wise v. Minister of Public Safety and Emergency Preparedness*, (F.C.), 37049, leave to appeal refused with costs, 6.10.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Yehia v. Jacobs*, (B.C.), 36910, leave to appeal refused with costs, 8.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- York v. Neuberger*, (Ont.), 36998, leave to appeal refused with costs, 15.9.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.

## TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the “Indexed as” entry in each case).

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		<b>F</b>	
Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. University of Calgary .....	555	Fairmont Hotels Inc., Canada (Attorney General) v. ....	720
Anthony-Cook, R. v. ....	204	<b>I</b>	
Aviva Insurance Company of Canada, Lizotte v. ...	521	Igloo Vikski Inc., Canada (Attorney General) v. ...	80
<b>B</b>		Intramodal Inc., Mennillo v. ....	438
BCNET Networking Society, Urban Communications Inc. v. ....	289	<b>J</b>	
Benhaim v. St-Germain .....	352	Jean Coutu Group (PJC) Inc. v. Canada (Attorney General) .....	670
British Columbia, British Columbia Teachers' Federation v. ....	407	<b>L</b>	
British Columbia, Endean v. ....	162	Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co. ....	23
British Columbia Teachers' Federation v. British Columbia .....	407	Lizotte v. Aviva Insurance Company of Canada, ...	521
<b>C</b>		<b>M</b>	
C.K-D., R. v. ....	160	Mennillo v. Intramodal Inc. ....	438
Canada (Attorney General) v. Fairmont Hotels Inc. ....	720	Morasse v. Nadeau-Dubois .....	232
Canada (Attorney General) v. Igloo Vikski Inc. ....	80	Musqueam Indian Band v. Musqueam Indian Band (Board of Review) .....	3
Canada (Attorney General), Jean Coutu Group (PJC) Inc. v. ....	670	Musqueam Indian Band (Board of Review), Musqueam Indian Band v. ....	3
Canadian Transit Co., Windsor (City) v. ....	617	<b>N</b>	
Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Quebec (Attorney General) .....	116	Nadeau-Dubois, Morasse v. ....	232
<b>D</b>		Northbridge Indemnity Insurance Co., Ledcor Construction Ltd. v. ....	23
Diamond, R. v. ....	291	<b>Q</b>	
<b>E</b>		Quebec (Attorney General), Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. ....	116
Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd. ....	293		
Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd., Edmonton (City) v. ....	293		
Endean v. British Columbia .....	162		

	PAGE		PAGE
<b>R</b>		<b>T</b>	
R. v. Anthony-Cook .....	204	Trang, Royal Bank of Canada v. ....	412
R. v. C.K-D. ....	160	<b>U</b>	
R. v. Diamond .....	291	University of Calgary, Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. ....	555
R. v. Rowson .....	158	Urban Communications Inc. v. BCNET Network- ing Society .....	289
Rowson, R. v. ....	158	<b>W</b>	
Royal Bank of Canada v. Trang .....	412	Windsor (City) v. Canadian Transit Co. ....	617
<b>S</b>			
St-Germain, Benhaim v. ....	352		

## TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés  
de la rubrique « Répertoire » dans chaque arrêt.

	PAGE		PAGE
<b>A</b>			
Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary .....	555		
Anthony-Cook, R. c. ....	204		
Aviva, Compagnie d'assurance du Canada, Li- zotte c. ....	521		
<b>B</b>			
Banque Royale du Canada c. Trang .....	412		
BCNET Networking Society, Urban Communica- tions Inc. c. ....	289		
Benhaim c. St-Germain .....	352		
British Columbia Teachers' Federation c. Colombie- Britannique .....	407		
<b>C</b>			
C.K-D., R. c. ....	160		
Canada (Procureur général) c. Hôtels Fairmont Inc. ....	720		
Canada (Procureur général) c. Igloo Vikski Inc. ...	80		
Canada (Procureur général), Groupe Jean Coutu (PJC) inc. c. ....	670		
Canadian Transit Co., Windsor (City) c. ....	617		
Colombie-Britannique, British Columbia Teachers' Federation c. ....	407		
Colombie-Britannique, Endean c. ....	162		
Conférence des juges de paix magistrats du Qué- bec c. Québec (Procureure générale) .....	116		
<b>D</b>			
Diamond, R. c. ....	291		
<b>E</b>			
Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd., Edmonton (Ville) c. ....	293		
Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd. ....	293		
		Endean c. Colombie-Britannique .....	162
		<b>G</b>	
		Groupe Jean Coutu (PJC) inc. c. Canada (Procu- reur général) .....	670
		<b>H</b>	
		Hôtels Fairmont Inc., Canada (Procureur général) c. ....	720
		<b>I</b>	
		Igloo Vikski Inc., Canada (Procureur général) c. ...	80
		Intramodal inc., Mennillo c. ....	438
		<b>L</b>	
		Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge .....	23
		Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Ca- nada .....	521
		<b>M</b>	
		Mennillo c. Intramodal inc. ....	438
		Morassee c. Nadeau-Dubois .....	232
		Musqueam Indian Band c. Musqueam Indian Band (Board of Review) .....	3
		Musqueam Indian Band (Board of Review), Mus- queam Indian Band c. ....	3
		<b>N</b>	
		Nadeau-Dubois, Morassee c. ....	232
		<b>Q</b>	
		Québec (Procureure générale), Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. ....	116

	PAGE		PAGE
<b>R</b>		<b>T</b>	
R. c. Anthony-Cook .....	204	Trang, Banque Royale du Canada c. ....	412
R. c. C.K-D. ....	160	<b>U</b>	
R. c. Diamond .....	291	University of Calgary, Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. ....	555
R. c. Rowson .....	158	Urban Communications Inc. c. BCNET Network- ing Society .....	289
Rowson, R. c. ....	158	<b>W</b>	
<b>S</b>		Windsor (City) c. Canadian Transit Co. ....	617
Société d'assurance d'indemnisation Northbridge, Ledcor Construction Ltd. c. ....	23		
St-Germain, Benhaim c. ....	352		

## TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
79912 Manitoba Ltd. v. Winnipeg City Assessor .....	(1998), 131 Man. R. (2d) 264 .....	337
771225 Ontario Inc. v. Bramco Holdings Co. ....	(1995), 21 O.R. (3d) 739 .....	757
<b>A</b>		
Acciona Infrastructure Canada Inc. v. Allianz Global Risks US Insurance Co. ....	2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223 .....	39, 73
Agence nationale d'encadrement du secteur financier v. Coopérative de producteurs de bois précieux Québec Forestales .....	2005 CanLII 11614 .....	287
Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) .....	2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559 .....	584
Aherne v. Chang .....	2011 ONSC 3846, 337 D.L.R. (4th) 593 .....	545
AIC Limited v. Fischer .....	2013 SCC 69, [2013] 3 S.C.R. 949 .....	199
Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association .....	2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 .....	309, 332, 612
Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401 .....	2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733 .....	611
Algonquin Power (Long Sault) Partnership v. Chubb Insurance Co. of Canada .....	(2003), 50 C.C.L.I. (3d) 107 .....	65
Amyotrophic Lateral Sclerosis Society of Essex County v. Windsor (City) .....	2015 ONCA 572, 337 O.A.C. 315 .....	182
Anderson v. Bell Mobility Inc. ....	2015 NWTCA 3, 593 A.R. 79 .....	38
Ansell Canada Inc. v. Ions World Corp. ....	(1998), 28 C.P.C. (4th) 60 .....	590
Apotex Fermentation Inc. v. Novopharm Ltd. ....	(1994), 95 Man. R. (2d) 186 .....	540
Ashcroft v. Barnsdale .....	[2010] EWHC 1948, [2010] S.T.C. 2544 .....	738
Associated Developers Ltd. v. Edmonton (City) .....	2011 ABQB 592, 527 A.R. 287 .....	327
Association des parents ayants droit de Yellowknife v. Northwest Territories (Attorney General) .....	2015 NWTCA 2, 593 A.R. 180 .....	42
ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Utilities Commission) .....	2015 SCC 45, [2015] 3 S.C.R. 219 .....	311
Attorney-General v. Times Newspapers Ltd. ....	[1973] 3 All E.R. 54 .....	250, 278
Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia .....	[1982] 2 S.C.R. 307 .....	635
Attorney-General of Quebec v. Charbonneau .....	(1972), 13 C.C.C. (2d) 226 .....	278
Attorney-General of Quebec v. Hebert .....	[1967] 2 C.C.C. 111 .....	278
Augdome Corp. v. Gray .....	[1975] 2 S.C.R. 354 .....	754
Avery v. Andrews .....	(1882), 51 L.J. Ch. 414 .....	274
Axa Assurances inc. v. Pageau .....	2009 QCCA 1494 .....	539

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>B</b>		
B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General) .....	[1988] 2 S.C.R. 214 .....	278
Backman v. Canada .....	2001 SCC 10, [2001] 1 S.C.R. 367 .....	714
Barker v. Leeson .....	(1882), 1 O.R. 114 .....	431
Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. v. Cutter (Canada), Ltd. ....	[1983] 2 S.C.R. 388 .....	269
BCE Inc. v. 1976 Debentureholders .....	2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560 .....	448, 471, 495
Beauregard v. Canada .....	[1986] 2 S.C.R. 56 .....	130
Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications .....	2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764 ....	311, 327
Bénard v. Gagnon .....	2002 CanLII 23768 .....	516
Bensol Customs Brokers Ltd. v. Air Canada .....	[1979] 2 F.C. 575 .....	639, 655
Bhatnager v. Canada (Minister of Employment and Immigration) ...	[1990] 2 S.C.R. 217 .....	273
Binder v. Saffron Rouge Inc. ....	(2008), 89 O.R. (3d) 54 .....	759
Birch Hill Equity Partners Management Inc. v. Rogers Communica- tions Inc. ....	2015 ONSC 7189, 128 O.R. (3d) 1 .....	759
Bird Construction Co. v. United States Fire Insurance Co. ....	(1985), 24 D.L.R. (4th) 104 .....	64, 78
Bisaillon v. Keable .....	[1983] 2 S.C.R. 60 .....	549
Blank v. Canada (Minister of Justice) .....	2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319 .....	532
Blatch v. Archer .....	(1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969 .....	370
Boon-Strachan Coal Co. v. Campbell .....	[1981] C.S. 923 .....	278
Boucher v. The King .....	[1951] S.C.R. 265 .....	251
British Columbia v. Royal Insurance Co. of Canada .....	(1991), 7 B.C.A.C. 172 .....	65
British Columbia (Assessment Commissioner) v. Ryan .....	[1979] B.C.J. No. 1966 (QL) .....	14
Brown v. Cape Breton (Regional Municipality) .....	2011 NSCA 32, 302 N.S.R. (2d) 84 .....	542
Bryndon Ventures Inc. v. Bragg .....	(1991), 82 D.L.R. (4th) 383 .....	751
Budd v. Gentra Inc. ....	(1998), 111 O.A.C. 288 .....	494
Burnaby/New Westminster Assessor, Area No. 10 v. Central Park Citizen Society .....	(1993), 86 B.C.L.R. (2d) 24 .....	17
<b>C</b>		
C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour) .....	2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539 .....	324
Canada v. Last .....	2014 FCA 129, [2015] 3 F.C.R. 245 .....	338
Canada (Attorney General) v. Brogan Family Trust .....	2014 ONSC 6354, 2015 D.T.C. 5008 .....	716
Canada (Attorney General) v. Chambre des notaires du Québec .....	2016 SCC 20, [2016] 1 S.C.R. 336 .....	577
Canada (Attorney General) v. Fairmont Hotels Inc. ....	2016 SCC 56, [2016] 2 S.C.R. 720 ....	678, 700
Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada ...	2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401 .....	579
Canada (Attorney General) v. Juliar .....	(2000), 50 O.R. (3d) 728 .....	757
Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc. ....	2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585 .....	652
Canada Border Services Agency v. Outils Gladu Inc. ....	2009 FCA 215, 393 N.R. 58 .....	97
Canada (Border Services Agency) v. SAF-HOLLAND Canada Ltd. ...	2014 FCA 3, 456 N.R. 174 .....	91
Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General) .....	2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 ....	335, 605
Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa .....	2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 .....	108, 312, 326
Canada Customs and Revenue Agency v. Agri Pack .....	2005 FCA 414, 345 N.R. 1 .....	92
Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc. ....	2001 SCC 36, [2001] 2 S.C.R. 100 .....	331
Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc. ....	[1997] 1 S.C.R. 748 .....	42, 73, 331

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net .....	[1998] 1 S.C.R. 626 .....	650
Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Environment) .....	(2000), 187 D.L.R. (4th) 127 .....	596
Canada Metal Co. v. Canadian Broadcasting Corp. (No. 2) .....	(1974), 4 O.R. (2d) 585 .....	269
Canada (National Revenue) v. Thompson .....	2016 SCC 21, [2016] 1 S.C.R. 381 .....	550, 571, 593, 614
Canada Post Corp. v. Public Service Alliance of Canada .....	2010 FCA 56, [2011] 2 F.C.R. 221 .....	92
Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health ...	2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574 .....	527, 565, 593, 611
Canada (Procureur général) v. Chambre des notaires du Québec .....	2014 QCCA 552 .....	535
Canadian Artists' Representation v. National Gallery of Canada .....	2014 SCC 42, [2014] 2 S.C.R. 197 .....	309
Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General) .....	2011 SCC 2, [2011] 1 S.C.R. 19 .....	191, 196
Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General) ...	[1996] 3 S.C.R. 480 .....	191, 196
Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission .....	[1979] 2 S.C.R. 618 .....	273
Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc. ....	2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615 .....	309
Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General) .....	2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135 .....	571
Canadian Natural Resources Ltd. v. ShawCor Ltd. ....	2014 ABCA 289, 580 A.R. 265 .....	610
Canadian Natural Resources Ltd. v. Wood Buffalo (Regional Municipality) .....	2012 ABQB 177, 535 A.R. 281 .....	318, 337
Canadian Natural Resources Ltd. v. Wood Buffalo (Regional Municipality) .....	2014 ABCA 195, 575 A.R. 362 .....	345
Canadian Pacific Ltd. v. United Transportation Union .....	[1979] 1 F.C. 609 .....	656
Canadian Pacific Railway v. R. ....	2013 FC 161, [2014] 1 C.T.C. 223 .....	632
Canadian Transport Co. v. Alsbury .....	(1952), 6 W.W.R. (N.S.) 473 .....	285
Canadian Western Bank v. Alberta .....	2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3 .....	662
Capstone Power Corp. v. 1177719 Alberta Ltd. ....	2016 BCSC 1274 .....	759
Carey v. Laiken .....	2015 SCC 17, [2015] 2 S.C.R. 79 .....	248, 274
Carlson, Carlson and Hettrick v. Big Bud Tractor of Canada Ltd. ....	(1981), 7 Sask. R. 337 .....	755
Caron v. Paul Albert Chevrolet Buick Cadillac inc. ....	2016 QCCA 564 .....	248
Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District) .....	2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5 .....	108
Centre commercial Les Rivières ltée v. Jean bleu inc. ....	2012 QCCA 1663 .....	248, 269
Century Services Inc. v. Canada (Attorney General) .....	2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379 .....	177
Chamandy v. Chartier .....	2015 QCCA 1142 .....	249
Citi Cards Canada Inc. v. Pleasance .....	2011 ONCA 3, 103 O.R. (3d) 241 .....	419
Clements v. Clements .....	2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181 .....	365
College of Optometrists (Ont.) v. SHS Optical Ltd. ....	2008 ONCA 685, 241 O.A.C. 225 .....	274
College of Physicians and Surgeons of British Columbia v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner) .....	2002 BCCA 665, 23 C.P.R. (4th) 185 .....	539
Commercial union cie d'assurance du Canada v. Pentagon Construction Canada Inc. ....	[1989] R.J.Q. 1399 .....	66
Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec v. Canada (National Battlefields Commission) .....	[1990] 2 S.C.R. 838 .....	662
Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster .....	[1936] A.C. 1 .....	694, 717
Commonwealth Construction Co. v. Imperial Oil Ltd. ....	[1978] 1 S.C.R. 317 .....	54
Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez .....	[1975] 1 S.C.R. 228 .....	636
Compagnie d'assurances AIG du Canada v. Solmax International inc. ....	2016 QCCA 258 .....	539
Conceicao Farms Inc. v. Zeneca Corp. ....	(2006), 83 O.R. (3d) 792 .....	539
Conférence des juges du Québec v. Québec (Procureur général) .....	2007 QCCS 2672, [2007] R.J.Q. 1556 .....	125

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co. ....	[1980] 1 S.C.R. 888 .....	48
Consolidated Distilleries, Ltd. v. The King .....	[1933] A.C. 508 .....	634
Consortium Capital Projects Inc. v. Blind River Veneer Ltd. ....	(1988), 63 O.R. (2d) 761 .....	755
Constructions Louisbourg Itée v. Société Radio-Canada .....	2014 QCCA 155 .....	248, 270
Co-operative Insurance Society Ltd v. Centremoor Ltd. ....	[1983] 2 E.G.L.R. 52 .....	752
Co-operators Life Insurance Co. v. Gibbens .....	2009 SCC 59, [2009] 3 S.C.R. 605 .....	45
Coote v. Lawyers' Professional Indemnity Co. ....	2013 FCA 143 .....	667
Cophorne Holdings Ltd. v. Canada .....	2011 SCC 63, [2011] 3 S.C.R. 721 .....	756
Cotroni v. Quebec Police Commission .....	[1978] 1 S.C.R. 1048 .....	272
Crane v. Hegeman-Harris Co. ....	[1939] 1 All E.R. 662 .....	740
Cycles Lambert Inc. v. Canada (Border Services Agency) .....	2015 FCA 45, 469 N.R. 313 .....	91
<b>D</b>		
D'Anjou v. Lamontagne .....	2014 QCCQ 11999 .....	544
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp. ....	[1994] 3 S.C.R. 835 .....	202
Daigle v. Corporation municipale de la Paroisse de St-Gabriel de Brandon .....	[1991] R.D.J. 249 .....	281
Daverne v. John Switzer Fuels Ltd. ....	2015 ONCA 919, 128 O.R. (3d) 188 .....	38
David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc. ....	[1995] 1 F.C. 588 .....	648
Davies v. American Home Assurance Co. ....	(2002), 60 O.R. (3d) 512 .....	542
Descôteaux v. Mierzwinski .....	[1982] 1 S.C.R. 860 .....	578, 595
Desjardins Assurances générales inc. v. Groupe Ledor inc., mutuelle d'assurances .....	2014 QCCA 1501 .....	535
Domtar Inc. v. Canada (Attorney General) .....	2009 FCA 218, 392 N.R. 200 .....	632
Dorchak v. Krupka .....	1997 ABCA 89, 196 A.R. 81 .....	590, 610
Doré v. Verdun (City) .....	[1997] 2 S.C.R. 862 .....	718
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College .....	[1990] 3 S.C.R. 570 .....	647
Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia ....	2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226 ....	311, 324
Droit de la famille — 122875 .....	2012 QCCA 1855, 29 R.F.L. (7th) 137 ...	248, 272
Duha Printers (Western) Ltd. v. Canada .....	[1998] 1 S.C.R. 795 .....	694
Dunsmuir v. New Brunswick .....	2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 .....	91, 107, 306, 326, 572, 612
Dynamex Canada Inc. v. Miller .....	(1998), 161 Nfld. & P.E.I.R. 97 .....	740, 751
<b>E</b>		
Echostar Satellite Corp. v. Lis .....	2004 CanLII 2156 .....	270
Ediger v. Johnston .....	2013 SCC 18, [2013] 2 S.C.R. 98 .....	365, 392
Edmonton ARB, Decision No. 0098 139/11, August 24, 2011 .....	.....	338
Edmonton ARB, Decision No. 0098 174/10, August 4, 2010 .....	.....	338
Edmonton (City) v. Army & Navy Department Stores Ltd. ....	[2002] A.M.G.B.O. No. 126 (QL) .....	316
Edmonton (City) v. Edmonton (City) Assessment Review Board .....	2010 ABQB 634, 503 A.R. 144 .....	327
Edmonton (City) v. Edmonton (Composite Assessment Review Board) ...	2012 ABQB 118, 534 A.R. 110 .....	327
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General) .....	[1989] 2 S.C.R. 1326 .....	191, 197
Ell v. Alberta .....	2003 SCC 35, [2003] 1 S.C.R. 857 .....	130
Estrada v. Young .....	2005 QCCA 493 .....	250, 274
Ex parte Langley .....	(1879), 13 Ch. D. 110 .....	275
Executive Director of Assessment (N.B.) v. Ganong Bros. Ltd. ....	2004 NBCA 46, 271 N.B.R. (2d) 43 .....	346

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>F</b>		
F.H. v. McDougall .....	2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41 .....	744
Fantl v. Transamerica Life Canada .....	2009 ONCA 377, 95 O.R. (3d) 767 .....	182
Federal Liberal Agency of Canada v. CTV Television Network Ltd. ....	[1989] 1 F.C. 319 .....	656
Foster Wheeler Power Co. v. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc. ....	2004 SCC 18, [2004] 1 S.C.R. 456 ....	531, 595
Foundation Co. of Canada v. Aetna Casualty Co. of Canada .....	[1976] I.L.R. ¶ 1-757 .....	66
Fournier Avocats inc. v. Cinar Corp. ....	2010 QCCA 2278 .....	536
Fraser Valley Refrigeration, Re .....	2009 BCSC 848, [2009] 6 C.T.C. 73 .....	758
Frederick E. Rose (London) Ltd. v. William H. Pim Jnr. & Co. ....	[1953] 2 Q.B. 450 .....	741
Funtastic Ltd. v. Chief Executive Officer of Customs .....	[2008] AATA 528 .....	92
<b>G</b>		
GCAN Insurance Co. v. Univar Canada Ltd. ....	2016 QCCA 500 .....	39, 73
General Accident Assurance Co. v. Chrusz .....	(1999), 45 O.R. (3d) 321 .....	541
Godin v. Godin .....	2012 NSCA 54, 317 N.S.R. (2d) 204 ...	248, 282
Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services) .....	2006 SCC 31, [2006] 2 S.C.R. 32 .....	579
Goudreault v. Collège de Rosemont .....	2012 QCCS 2017 .....	243
Gougoux v. Richard .....	2005 CanLII 37770 .....	250
Grand Trunk Pacific Railway Co. v. Dearborn .....	(1919), 58 S.C.R. 315 .....	431
Graymar Equipment (2008) Inc. v. Canada (Attorney General) .....	2014 ABQB 154, 97 Alta. L.R. (5th) 288 ...	751
Greenberg v. Gruber .....	2004 CanLII 14882 .....	518
Greene v. Canadian General Insurance Co. ....	(1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151 .....	64, 77
Grusk v. Sparling .....	(1992), 44 Q.A.C. 219 .....	513
GT Group Telecom Inc., Re .....	(2004), 5 C.B.R. (5th) 230 .....	754
Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp. ....	[1999] 3 S.C.R. 423 .....	59
Guay v. Gesca ltée .....	2013 QCCA 343, [2013] R.J.Q. 342 .....	546
Guay v. Lebel .....	2016 QCCA 1555 .....	248
Guerin v. The Queen .....	[1982] 2 F.C. 385 .....	20
Guerin v. The Queen .....	[1984] 2 S.C.R. 335 .....	6
Guindon v. Canada .....	2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3 .....	695, 719
<b>H</b>		
H. F. Clarke Ltd. v. Thermidaire Corp. ....	[1973] 2 O.R. 57 .....	750
H.L. v. Canada (Attorney General) .....	2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401 .....	388
Habtenkiel v. Canada (Citizenship and Immigration) .....	2014 FCA 180, [2015] 3 F.C.R. 327 .....	328
Harris v. Minister of National Revenue .....	[1965] 2 Ex. C.R. 653 .....	338
Hart v. Boutilier .....	(1916), 56 D.L.R. 620 .....	734, 751
Harvest Operations Corp. v. Canada (Attorney General) .....	2015 ABQB 327, [2015] 6 C.T.C. 78 .....	739
Helly Hansen Leisure Canada Inc. v. Canada Border Services Agency ....	2009 FCA 345, 397 N.R. 323 .....	92
Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co. ....	2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306 .....	37
Hickman v. Taylor .....	329 U.S. 495 (1947) .....	547
Hinse v. Canada (Attorney General) .....	2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621 .....	374
Hodgson v. Ermineskin Indian Band .....	(2000), 180 F.T.R. 285 .....	631
Hollick v. Toronto (City) .....	2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158 .....	179
Housen v. Nikolaisen .....	2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 ...	38, 69, 365, 388, 463, 514, 706
Husky Oil Operations Ltd. v. Saskatchewan (Minister of Finance) ....	2014 SKQB 116, 443 Sask. R. 172 .....	759

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>I</b>		
I.C.R.V. Holdings Ltd. v. Tri-Par Holdings Ltd. ....	(1994), 53 B.C.A.C. 72 .....	752
Immeubles B.P. Ltée v. Ville d’Anjou .....	[1978] C.S. 422 .....	345
Imperial Oil Ltd. v. Tanguay .....	[1971] C.A. 109 .....	248
Imperial Tobacco Canada Ltée v. Létourneau .....	2012 QCCA 2260 .....	535
Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. v. Brine .....	2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575 ...	39, 73
Informatique Côté, Coulombe inc. v. Groupe Son X Plus inc. ....	2012 QCCA 2262 .....	535
Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd. ....	2000 SCC 12, [2000] 1 S.C.R. 298 .....	463
Inspecteur général des institutions financières v. Assurances funéraires Rousseau et frère Ltée .....	[1990] R.R.A. 473 .....	467
Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society .....	[1998] 1 All E.R. 98 .....	71
Iron Ore Co. of Canada v. United Steel Workers of America, Local 5795 .....	(1979), 20 Nfld. & P.E.I.R. 27 .....	272
ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. ....	[1986] 1 S.C.R. 752 .....	630, 649, 667
<b>J</b>		
J.G. v. Nadeau .....	2016 QCCA 167 .....	366, 396
JAFT Corp. v. Jones .....	2014 MBQB 59, 304 Man. R. (2d) 86 .....	759
Javanmardi v. Collège des médecins du Québec .....	2013 QCCA 306, [2013] R.J.Q. 328 .....	248
Jean Coutu Group (PJC) Inc. v. Canada (Attorney General) .....	2016 SCC 55, [2016] 2 S.C.R. 670 .....	743
John Doe v. Ontario (Finance) .....	2014 SCC 36, [2014] 2 S.C.R. 3 .....	612
Joscelyne v. Nissen .....	[1970] 2 Q.B. 86 .....	740, 751
Journet v. Superchef Food Industries Ltd. ....	[1984] C.S. 916 .....	504
JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue) .....	2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557 .....	631
Juliar v. Canada (Attorney General) .....	(1999), 46 O.R. (3d) 104 .....	730
<b>K</b>		
Kanji v. Canada (Attorney General) .....	2013 ONSC 781, 114 O.R. (3d) 1 .....	756
Kassburg v. Sun Life Assurance Co. of Canada .....	2014 ONCA 922, 124 O.R. (3d) 171 .....	38
Kennedy v. McKenzie .....	(2005), 17 C.P.C. (6th) 229 .....	540
King v. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc. ....	2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63 .....	38
Kolias v. Owners: Condominium Plan 309 CDC .....	2008 ABCA 379, 440 A.R. 389 .....	755
<b>L</b>		
Laferrière v. Lawson .....	[1991] 1 S.C.R. 541 .....	369
Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City) .....	[1989] 1 S.C.R. 705 .....	394
Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General) .....	2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209 .....	571, 595
Lavoie v. Collège de Rosemont .....	2012 QCCS 1685 .....	243
Law Society of New Brunswick v. Ryan .....	2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247 .....	311
Legal Services Society v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner) .....	2003 BCCA 278, 226 D.L.R. (4th) 20 .....	572
Lemair v. Canada (Procureur général) .....	2015 QCCS 1142 .....	716
Llewellyn v. Carter .....	2008 PESCAD 12, 278 Nfld. & P.E.I.R. 96 ...	542
Louch v. Decicco .....	2007 BCSC 393, 39 C.P.C. (6th) 8 .....	553

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Love v. Love .....	2013 SKCA 31, [2013] 5 W.W.R. 662 .....	755
Lyell v. Kennedy (No. 2) .....	(1883), 9 App. Cas. 81 .....	533
<b>M</b>		
MacDonald v. Chicago Title Insurance Co. of Canada .....	2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663 .....	38, 71
Mackenzie v. Coulson .....	(1869), L.R. 8 Eq. 368 .....	697, 733
Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance) .....	2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405 .....	130
MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson .....	(1994), 92 B.C.L.R. (2d) 1 .....	269
MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson .....	[1995] 4 S.C.R. 725 .....	133, 177, 635
Maranda v. Richer .....	2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193 .....	579
Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier .....	[1969] S.C.R. 745 .....	393
Martin v. Dupont .....	2016 QCCA 475 .....	467, 512
Masters' Association of Ontario v. Ontario .....	2011 ONCA 243, 105 O.R. (3d) 196 .....	137
McGhee v. National Coal Board .....	[1973] 1 W.L.R. 1 .....	368
McLean v. British Columbia (Securities Commission) .....	2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895 .....	108, 309, 327, 611
McLean v. McLean .....	2013 ONCA 788, 118 O.R. (3d) 216 .....	752
McPeake v. Canada (Attorney General) .....	2012 BCSC 132, [2012] 4 C.T.C. 203 .....	758
Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health) .....	2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23 .....	606
Miller v. Jackson .....	[1977] 1 Q.B. 966 .....	85
Minister of National Revenue v. Yves Ponroy Canada .....	(2000), 259 N.R. 38 .....	91
Minister of National Revenue (Customs and Excise) v. Schrader Auto- motive Inc. ....	(1999), 240 N.R. 381 .....	91, 107
Mitchell v. MacMillan .....	(1980), 5 Sask. R. 160 .....	751
Monk v. Farmers' Mutual Insurance Co. ....	2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710 .....	38, 71
Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Ser- vices) .....	2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152 .....	325
Montréal (Ville de) v. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP), section locale 301 .....	2006 QCCS 5273 .....	250
Morasse v. Université Laval .....	2012 QCCS 1565 .....	241, 260
Morasse v. Université Laval .....	2012 QCCS 1859 .....	242, 257, 261
Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council) .....	2002 SCC 11, [2002] 1 S.C.R. 249 .....	332
Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City) .....	2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3 .....	308
<b>N</b>		
Named Person v. Vancouver Sun .....	2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253 .....	191, 197
National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris .....	[1990] 2 S.C.R. 1029 .....	105, 113
National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal).....	[1990] 2 S.C.R. 1324 .....	313, 331
Newcastle Recycling Ltd. v. Clarington (Municipality) .....	2010 ONCA 314, 261 O.A.C. 373 .....	258
Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Information and Privacy Commissioner (Nfld. and Lab.) .....	2011 NLCA 69, 314 Nfld. & P.E.I.R. 305 ...	596
Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board) .....	2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708 .....	91, 314
Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera .....	2000 SCC 24, [2000] 1 S.C.R. 551 .....	48
Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals .....	2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616 .....	611

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Norrail Transport Inc. v. Canadian Pacific Ltd. ....	(1998), 154 F.T.R. 161 .....	639
Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada ...	[1983] 1 S.C.R. 733 .....	644
<b>O</b>		
Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario .....	2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3 .....	177, 635
Ontario (Community Safety and Correctional Services) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner) .....	2014 SCC 31, [2014] 1 S.C.R. 674 .....	612
Ontario Deputy Judges Assn. v. Ontario .....	(2006), 80 O.R. (3d) 481 .....	138
Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc. ....	2015 SCC 44, [2015] 3 S.C.R. 147 .....	311
Ontario Hydro v. Royal Insurance .....	[1981] O.J. No. 215 (QL) .....	64, 78
Ontario New Home Warranty Program v. Chevron Chemical Co. ....	(1999), 46 O.R. (3d) 130 .....	182
Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association .....	2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815 ....	573, 612
Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals v. Sovereign General Insurance Co. ....	2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581 .....	39, 73
Opron Construction Co. v. Alberta .....	(1989), 100 A.R. 58 .....	540
Orange Properties Ltd. v. Winnipeg City Assessor .....	(1996), 107 Man. R. (2d) 278 .....	337
Ordon Estate v. Grail .....	[1998] 3 S.C.R. 437 .....	548
Oriole Oil & Gas Ltd. v. American Eagle Petroleums Ltd. ....	(1981), 27 A.R. 411 .....	754
Osborne v. Rowlett .....	(1880), 13 Ch. D. 774 .....	326
<b>P</b>		
Pacific Western Airlines Ltd. v. The Queen .....	[1979] 2 F.C. 476 .....	657
Pallen Trust, Re .....	2015 BCCA 222, 385 D.L.R. (4th) 499 ....	716, 756
Paré v. Paré (Succession de) .....	2014 QCCA 1138 .....	513
Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324 .....	2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157 .....	548
Peacock v. Bell .....	(1667), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84 .....	549
Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario .....	2010 ONCA 197, 260 O.A.C. 125 .....	551
Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd. ....	2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678 .....	733, 750
Peter Kiewit Sons Co. v. Perry .....	2007 BCSC 305 .....	287
Peter Pan Drive-In Ltd. v. Flambro Realty Ltd. ....	(1978), 22 O.R. (2d) 291 .....	751
Petro-Canada Inc. v. Coquitlam Assessor, Area No. 12 .....	(1991), 61 B.C.L.R. (2d) 86 .....	11
Philippe Trépanier inc. et Deloitte, s.e.n.c.r.l. ....	2014 QCCS 2615 .....	716
PIPEDA Case Summary No. 311, Re .....	2005 CarswellNat 6734 (WL Can.) .....	433
PIPEDA Case Summary No. 2009-003, Re .....	2009 CarswellNat 6206 (WL Can.) .....	433
PIPEDA Report of Findings No. 2014-013, Re .....	2014 CarswellNat 6605 (WL Can.) .....	433
Poje v. Attorney General for British Columbia .....	[1953] 1 S.C.R. 516 .....	282
Pomerleau v. The Queen .....	2003 CanLII 33471 .....	124
Portage LaPrairie Mutual Insurance Co. v. Sabeau .....	2015 NSCA 53, 386 D.L.R. (4th) 449 .....	38
Precision Plating Ltd. v. Axa Pacific Insurance Co. ....	2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281 ...	38, 71
Premier Tech Ltée v. Dollo .....	2015 QCCA 1159 .....	449
Primaplas Pty. Ltd. v. Chief Executive Officer of Customs .....	[2016] FCAFC 40 .....	98
Prince Albert (City) v. 101027381 Saskatchewan Ltd. ....	2009 SKCA 59, 324 Sask. R. 313 .....	337
Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission) .....	2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809 ....	574, 614
Privacy Commissioner of Canada v. Air Canada .....	2010 FC 429 .....	552

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Privest Properties Ltd. v. Foundation Co. of Canada Ltd. ....	(1991), 57 B.C.L.R. (2d) 88 .....	61
Procom Immobilier Inc. v. Commission des valeurs mobilières du Québec .....	[1992] R.D.J. 561 .....	270
Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada ....	2010 SCC 33, [2010] 2 S.C.R. 245 .....	45, 78
Prospera Credit Union, Re .....	2002 BCSC 1806, 32 B.L.R. (3d) 145 .....	754
Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice) .....	2005 SCC 44, [2005] 2 S.C.R. 286 .....	131
Prud'homme v. Prud'homme .....	1997 CanLII 8253 .....	251
Prud'homme v. Prud'homme .....	2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663 .....	373
Prudential Assurance Co. v. Canada .....	[1993] 2 F.C. 293 .....	639
Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) ....	[1998] 1 S.C.R. 982 .....	328
<b>Q</b>		
Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc. ....	2013 SCC 65, [2013] 3 S.C.R. 838 .....	681, 700, 743, 759
Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd. ....	[1977] 2 S.C.R. 1054 .....	634, 660
Québec (Sous-ministre du Revenu) v. Services environnementaux AES inc. ....	2011 QCCA 394 .....	709
Québec Téléphone v. Bell Telephone Co. of Canada .....	[1972] S.C.R. 182 .....	635
<b>R</b>		
R. v. B.O.2 .....	2010 NLCA 19 .....	218
R. v. Barnier .....	[1980] 1 S.C.R. 1124 .....	584
R. v. Barros .....	2011 SCC 51, [2011] 3 S.C.R. 368 .....	542
R. v. Basi .....	2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389 .....	539
R. v. Bezdan .....	2001 BCCA 215, 154 B.C.A.C. 122 .....	216
R. v. Big M Drug Mart Ltd. ....	[1985] 1 S.C.R. 295 .....	647
R. v. Bridges .....	(1989), 61 D.L.R. (4th) 154 .....	269
R. v. Brouillette .....	(1992), 78 C.C.C. (3d) 350 .....	540
R. v. Brown .....	2002 SCC 32, [2002] 2 S.C.R. 185 .....	580
R. v. Caron .....	2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78 .....	177
R. v. Cerasuolo .....	(2001), 151 C.C.C. (3d) 445 .....	217
R. v. Cole .....	2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34 .....	430
R. v. Cunningham .....	2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331 .....	635
R. v. D.L.W. ....	2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402 .....	328
R. v. DeSousa .....	2012 ONCA 254, 109 O.R. (3d) 792 .....	222
R. v. Dion .....	2015 QCCA 1826 .....	217
R. v. Dorsey .....	(1999), 123 O.A.C. 342 .....	217
R. v. Douglas .....	(2002), 162 C.C.C. (3d) 37 .....	217
R. v. Druken .....	2006 NLCA 67, 261 Nfld. & P.E.I.R. 271 ...	217
R. v. Dumont .....	2013 QCCA 576 .....	217
R. v. Edgar .....	2010 ONCA 529, 101 O.R. (3d) 161 .....	221
R. v. G.W.C. ....	2000 ABCA 333, 277 A.R. 20 .....	216
R. v. Gardiner .....	[1982] 2 S.C.R. 368 .....	286
R. v. Généreux .....	[1992] 1 S.C.R. 259 .....	132
R. v. Griffin .....	2009 SCC 28, [2009] 2 S.C.R. 42 .....	276
R. v. Gruenke .....	[1991] 3 S.C.R. 263 .....	539, 573

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Henry .....	2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609 .....	644
R. v. Kea .....	(2005), 27 M.V.R. (5th) 182 .....	544
R. v. Kopyto .....	(1987), 62 O.R. (2d) 449 .....	250, 278
R. v. Krawczyk .....	2009 BCCA 250, 275 B.C.A.C. 6 .....	269
R. v. Lacasse .....	2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089 ...	216, 287
R. v. Lanthier .....	2008 CanLII 13797 .....	540
R. v. Lloyd .....	2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130 .....	647
R. v. MacIvor .....	2003 NSCA 60, 215 N.S.R. (2d) 344 .....	216
R. v. Mailhot .....	2013 QCCA 870 .....	217
R. v. McClure .....	2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445 ...	550, 571
R. v. Mentuck .....	2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442 .....	202
R. v. National Post .....	2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477 .....	538
R. v. Nixon .....	2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566 .....	209
R. v. Nome .....	2002 BCCA 468, 172 B.C.A.C. 183 .....	217
R. v. Oxford .....	2010 NLCA 45, 299 Nfld. & P.E.I.R. 327 ...	223
R. v. Power .....	[1994] 1 S.C.R. 601 .....	222
R. v. Rose .....	[1998] 3 S.C.R. 262 .....	187
R. v. Sinclair .....	2004 MBCA 48, 185 C.C.C. (3d) 569 .....	224
R. v. Soomel .....	2003 BCSC 140 .....	540
R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. ....	[1980] 1 S.C.R. 695 .....	634
R. v. Tkachuk .....	2001 ABCA 243, 293 A.R. 171 .....	227
R. v. Tran .....	2016 ONCA 48 .....	258
R. v. Vaillancourt .....	(1995), 105 C.C.C. (3d) 552 .....	258
R. v. Villaroman .....	2016 SCC 33, [2016] 1 S.C.R. 1001 .....	274
R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd. ....	2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156 .....	255
Racal Group Services Ltd. v. Ashmore .....	(1995), 68 T.C. 86 .....	737
Re: Aboriginal Diamonds Group .....	2007 NWTSC 37 .....	759
Re Awada .....	(1970), 13 C.R.N.S. 127 .....	272
Re Ouellet (No. 1) .....	(1976), 28 C.C.C. (2d) 338 .....	251, 280
Re Slocock's Will Trusts .....	[1979] 1 All E.R. 358 .....	735
Re Southam Inc. and The Queen (No. 1) .....	(1983), 41 O.R. (2d) 113 .....	191
Re Tilco Plastics Ltd. v. Skurjat .....	[1966] 2 O.R. 547 .....	274
Reardon Smith Line Ltd. v. Hansen-Tangen .....	[1976] 3 All E.R. 570 .....	71
Reed Shaw Osler Ltd. v. Wilson .....	(1981), 17 Alta. L.R. (2d) 81 .....	751
Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island .....	[1997] 3 S.C.R. 3 .....	130
Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island .....	[1998] 1 S.C.R. 3 .....	154
Regroupement des marchands actionnaires inc. v. Métro Inc. ....	2011 QCCS 2389 .....	516
Rhine v. The Queen .....	[1980] 2 S.C.R. 442 .....	664
Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia .....	448 U.S. 555 (1980) .....	200
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re) .....	[1998] 1 S.C.R. 27 .....	14, 316, 594
Roberts v. Canada .....	[1989] 1 S.C.R. 322 .....	636
Rodriguez v. Woloszyn .....	2013 ABQB 269, 554 A.R. 8 .....	545
Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada .....	2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283 ...	312, 332
Roitman v. Canada .....	2006 FCA 266, 353 N.R. 75 .....	632

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Rona Corporation Inc. v. Canada (Border Services Agency) .....	(2008), 12 T.T.R. (2d) 295 .....	98
Royal Bank of Canada v. El-Bris Ltd. ....	2008 ONCA 601, 92 O.R. (3d) 779 .....	753
<b>S</b>		
Sable Offshore Energy Inc. v. Ameron International Corp. ....	2013 SCC 37, [2013] 2 S.C.R. 623 .....	539
Sankar v. Bell Mobility Inc. ....	2016 ONCA 242 .....	38, 71
Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp. ....	2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633 .....	37, 68, 311, 327
Sayers & Associates Ltd. v. Insurance Corp. of Ireland Ltd. ....	(1981), 126 D.L.R. (3d) 681 .....	63
Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd. ....	[1980] 2 S.C.R. 78 .....	394
Scott v. Scott .....	[1913] A.C. 417 .....	191
Sentilles v. Inter-Caribbean Shipping Corp. ....	361 U.S. 107 (1959) .....	369
Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc. ....	2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157 ...	716, 732, 753
Shell Canada Ltd. v. Canada .....	[1999] 3 S.C.R. 622 .....	694, 717, 738, 756
Sher-Wood Hockey Inc. v. Canada (Border Services Agency, President) ...	(2011), 15 T.T.R. (2d) 336 .....	89, 110
Ship M. F. Whalen v. Pointe Anne Quarries Ltd. ....	(1921), 63 S.C.R. 109 .....	733
Sifto Canada Corp. v. Minister of National Revenue .....	2014 FCA 140, 461 N.R. 184 .....	632
Simcoe & Erie General Insurance Co. v. Royal Insurance Co. of Canada .....	(1982), 36 A.R. 553 .....	65
Slaight Communications Inc. v. Davidson .....	[1989] 1 S.C.R. 1038 .....	548
Slate Management Corp. v. Canada (Attorney General) .....	2016 ONSC 4216 .....	758
Slocan Forest Products Ltd. v. Trapper Enterprises Ltd. ....	2010 BCSC 1494, 100 C.P.C. (6th) 70 .....	551
Smith v. Alliance Pipeline Ltd. ....	2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160 .....	310, 327
Smith v. Gow-Ganda Mines, Ltd. ....	(1911), 44 S.C.R. 621 .....	491
Smith v. Jones .....	[1999] 1 S.C.R. 455 .....	542, 576
Snell v. Farrell .....	[1990] 2 S.C.R. 311 .....	363, 391
Société d'énergie de la Baie James v. Groupe Aecon ltée .....	2011 QCCA 646 .....	535
Solosky v. The Queen .....	[1980] 1 S.C.R. 821 .....	578, 610
South Yukon Forest Corp. v. R. ....	2012 FCA 165, 4 B.L.R. (5th) 31 .....	366
Star Choice Television Network Inc. v. Canada (Customs and Revenue Agency) .....	2004 FCA 153 .....	91
State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Privacy Commissioner of Canada .....	2010 FC 736 .....	552
Stein v. The Ship "Kathy K" .....	[1976] 2 S.C.R. 802 .....	463
Stewart Estate v. 1088294 Alberta Ltd. ....	2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1 ...	38, 71
St-Jean v. Mercier .....	2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491 ...	363, 388
Strickland v. Canada (Attorney General) .....	2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713 .....	643, 665, 667
Stuart Investments Ltd. v. The Queen .....	[1984] 1 S.C.R. 536 .....	694
Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue .....	[1969] 2 Ex. C.R. 27 .....	534
Swainland Builders Ltd. v. Freehold Properties Ltd. ....	[2002] EWCA Civ 560 .....	752
<b>T</b>		
Tenneco Canada Inc. v. British Columbia Hydro and Power Authority ...	1999 BCCA 415, 126 B.C.A.C. 9 .....	44
Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition) .....	2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161 .....	311
The Queen v. Montreal Urban Community Transit Commission .....	[1980] 2 F.C. 151 .....	647
Thomas Bates and Son Ltd. v. Wyndham's (Lingerie) Ltd. ....	[1981] 1 W.L.R. 505 .....	745

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Toronto (City) (Re) .....	2000 CanLII 21004 .....	431
Tournier v. National Provincial and Union Bank of England .....	[1924] 1 K.B. 461 .....	432
Townsend v. Kroppmanns .....	2004 SCC 10, [2004] 1 S.C.R. 315 .....	328
TransAlta Corp. v. Market Surveillance Administrator .....	2014 ABCA 196, 577 A.R. 32 .....	552
Trudel v. Foucher .....	2015 QCCA 691 .....	249
True Construction Ltd. v. Kamloops (City) .....	2016 BCCA 173 .....	38, 71
<b>U</b>		
Union canadienne (L'), compagnie d'assurance v. St-Pierre .....	2012 QCCA 433, [2012] R.J.Q. 340 .....	535
United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd. ....	[1993] 2 S.C.R. 316 .....	332
United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General) .....	[1992] 1 S.C.R. 901 .....	268
<b>V</b>		
Valente v. The Queen .....	[1985] 2 S.C.R. 673 .....	130
Vallieres v. Vozniak .....	2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28 ... 38, 71	
Van Camp v. Chrome Horse Motorcycle Inc. ....	2015 ABCA 83, 599 A.R. 201 .....	39
Vancouver Assessor, Area 9 v. Bramalea Ltd. ....	(1990), 52 B.C.L.R. (2d) 218 .....	11
Vancouver Sun (Re) .....	2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332 .....	191
Verdicchio v. R. ....	2010 FC 117, [2010] 3 C.T.C. 80 .....	632
Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc. ....	[1992] 2 S.C.R. 1065 .....	248, 269
<b>W</b>		
Walls v. Canada .....	2002 SCC 47, [2002] 2 S.C.R. 684 .....	714
Ward v. Pasternak .....	2015 BCSC 1190 .....	553
Wasauksing First Nation v. Wasausink Lands Inc. ....	(2004), 184 O.A.C. 84 .....	740, 751
Westbank Holdings Ltd. v. Westgate Shopping Centre Ltd. ....	2001 BCCA 268, 155 B.C.A.C. 1 .....	18
Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton .....	2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534 .....	179
Westfair Foods Ltd. v. Naherny .....	(1990), 63 Man. R. (2d) 238 .....	286
Wexler v. The King .....	[1939] S.C.R. 350 .....	258
Wilsher v. Essex Area Health Authority .....	[1988] 2 W.L.R. 557 .....	368
Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd. ....	2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 720 .....	307
Wise v. Axford .....	[1954] O.W.N. 822 .....	754
<b>Z</b>		
Zhang v. Canada (Attorney General) .....	2015 BCSC 1256, 2015 DTC 5084 .....	759
Zhang v. Chau .....	(2003), 229 D.L.R. (4th) 298 .....	250, 268

## TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
79912 Manitoba Ltd. c. Winnipeg City Assessor .....	(1998), 131 Man. R. (2d) 264 .....	337
771225 Ontario Inc. c. Bramco Holdings Co. ....	(1995), 21 O.R. (3d) 739 .....	757
<b>A</b>		
Acciona Infrastructure Canada Inc. c. Allianz Global Risks US Insurance Co. ....	2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223 ...39, 73	
Agence libérale fédérale du Canada c. CTV Television Network Ltd. ....	[1989] 1 C.F. 319 .....	656
Agence nationale d'encadrement du secteur financier c. Coopérative de producteurs de bois précieux Québec Forestales .....	2005 CanLII 11614 .....	287
Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) .....	2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559 .....	584
Aherne c. Chang .....	2011 ONSC 3846, 337 D.L.R. (4th) 593 ....	545
AIC Limitée c. Fischer .....	2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949 .....	199
Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association .....	2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 .....	309, 332, 612
Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401 .....	2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733 .....	611
Algonquin Power (Long Sault) Partnership c. Chubb Insurance Co. of Canada .....	(2003), 50 C.C.L.I. (3d) 107 .....	65
Amyotrophic Lateral Sclerosis Society of Essex County c. Windsor (City) .....	2015 ONCA 572, 337 O.A.C. 315 .....	182
Anderson c. Bell Mobility Inc. ....	2015 NWTCA 3, 593 A.R. 79 .....	39
Ansell Canada Inc. c. Ions World Corp. ....	(1998), 28 C.P.C. (4th) 60 .....	590
Apotex Fermentation Inc. c. Novopharm Ltd. ....	(1994), 95 Man. R. (2d) 186 .....	540
Ashcroft c. Barnsdale .....	[2010] EWHC 1948, [2010] S.T.C. 2544 ...	738
Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice) .....	2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286 .....	131
Associated Developers Ltd. c. Edmonton (City) .....	2011 ABQB 592, 527 A.R. 287 .....	327
Association des parents ayants droit de Yellowknife c. Territoires du Nord-Ouest (Procureur général) .....	2015 NWTCA 2, 593 A.R. 180 .....	42
ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Utilities Commission) .....	2015 CSC 45, [2015] 3 R.C.S. 219 .....	311
Attorney-General c. Times Newspapers Ltd. ....	[1973] 3 All E.R. 54 .....	250, 278
Augdome Corp. c. Gray .....	[1975] 2 R.C.S. 354 .....	754
Avery c. Andrews .....	(1882), 51 L.J. Ch. 414 .....	274
Axa Assurances inc. c. Pageau .....	2009 QCCA 1494 .....	539
<b>B</b>		
B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général) .....	[1988] 2 R.C.S. 214 .....	278
Backman c. Canada .....	2001 CSC 10, [2001] 1 R.C.S. 367 .....	714

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta .....	2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3 .....	662
Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris .....	[1990] 2 R.C.S. 1029 .....	105, 113
Barker c. Leeson .....	(1882), 1 O.R. 114 .....	431
Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan .....	2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247 .....	311
Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. c. Cutter (Canada), Ltd. ....	[1983] 2 R.C.S. 388 .....	269
BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976 .....	2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560 .....	448, 471, 495
Beauregard c. Canada .....	[1986] 2 R.C.S. 56 .....	130
Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales .....	2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764 ....	311, 327
Bénard c. Gagnon .....	2002 CanLII 23768 .....	516
Bensol Customs Brokers Ltd. c. Air Canada .....	[1979] 2 C.F. 575 .....	639, 655
Bhatnager c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	[1990] 2 R.C.S. 217 .....	273
Binder c. Saffron Rouge Inc. ....	(2008), 89 O.R. (3d) 54 .....	759
Birch Hill Equity Partners Management Inc. c. Rogers Communica- tions Inc. ....	2015 ONSC 7189, 128 O.R. (3d) 1 .....	759
Bird Construction Co. c. United States Fire Insurance Co. ....	(1985), 24 D.L.R. (4th) 104 .....	64, 78
Bisaillon c. Keable .....	[1983] 2 R.C.S. 60 .....	549
Blank c. Canada (Ministre de la Justice) .....	2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319 .....	532
Blatch c. Archer .....	(1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969 .....	370
Boon-Strachan Coal Co. c. Campbell .....	[1981] C.S. 923 .....	278
Boucher c. The King .....	[1951] R.C.S. 265 .....	251
British Columbia c. Royal Insurance Co. of Canada .....	(1991), 7 B.C.A.C. 172 .....	65
British Columbia (Assessment Commissioner) c. Ryan .....	[1979] B.C.J. No. 1966 (QL) .....	14
Brouillette c. R. ....	[1992] R.J.Q. 2776 .....	540
Brown c. Cape Breton (Regional Municipality) .....	2011 NSCA 32, 302 N.S.R. (2d) 84 .....	542
Bryndon Ventures Inc. c. Bragg .....	(1991), 82 D.L.R. (4th) 383 .....	751
Budd c. Gentra Inc. ....	(1998), 111 O.A.C. 288 .....	494
Burnaby/New Westminster Assessor, Area No. 10 c. Central Park Citizen Society .....	(1993), 86 B.C.L.R. (2d) 24 .....	17
<b>C</b>		
Canada c. Domtar Inc. ....	2009 CAF 218 .....	632
Canada c. Last .....	2014 CAF 129, [2015] 3 R.C.F. 245 .....	338
Canada c. Roitman .....	2006 CAF 266 .....	632
Canada (Agence des douanes et du revenu) c. Agri Pack .....	2005 CAF 414 .....	92
Canada (Agence des services frontaliers) c. SAF-HOLLAND Canada Ltd. ....	2014 CAF 3 .....	91
Canada (Attorney General) c. Brogan Family Trust .....	2014 ONSC 6354, 2015 D.T.C. 5008 .....	716
Canada (Attorney General) c. Juliar .....	(2000), 50 O.R. (3d) 728 .....	757
Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa .....	2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 .....	108, 312, 326
Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'En- vironnement) .....	2000 CanLII 15247 .....	596
Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health .....	2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574 .....	527, 565, 593, 612
Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général) .....	2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 ....	335, 605

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net .....	[1998] 1 R.C.S. 626 .....	651
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc. ....	[1997] 1 R.C.S. 748 .....	42, 73, 331
Canada Metal Co. c. Canadian Broadcasting Corp. (No. 2) .....	(1974), 4 O.R. (2d) 585 .....	269
Canada (Ministre du Revenu national) c. Schrader Automotive Inc. ....	1999 CanLII 7719 .....	91, 107
Canada (Ministre du Revenu national) c. Yves Ponroy Canada .....	2000 CanLII 15801 .....	91
Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec .....	2014 QCCA 552 .....	535
Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec .....	2016 CSC 20, [2016] 1 R.C.S. 336 .....	577
Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada .....	2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401 .....	579
Canada (Procureur général) c. Hôtels Fairmont Inc. ....	2016 CSC 56, [2016] 2 R.C.S. 720 .....	678, 700
Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc. ....	2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585 .....	652
Canada (Revenu national) c. Sifto Canada Corp. ....	2014 CAF 140 .....	632
Canada (Revenu national) c. Thompson .....	2016 CSC 21, [2016] 1 R.C.S. 381 .....	550, 571, 593, 614
Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc. ....	2001 CSC 36, [2001] 2 R.C.S. 100 .....	331
Canadian Natural Resources Ltd. c. ShawCor Ltd. ....	2014 ABCA 289, 580 A.R. 265 .....	610
Canadian Natural Resources Ltd. c. Wood Buffalo (Regional Municipality) .....	2012 ABQB 177, 535 A.R. 281 .....	318, 337
Canadian Natural Resources Ltd. c. Wood Buffalo (Regional Municipality) .....	2014 ABCA 195, 575 A.R. 362 .....	345
Canadian Pacific Railway c. R. ....	2013 CF 161, [2014] 1 C.T.C. 223 .....	632
Canadian Transport Co. c. Alsbury .....	(1952), 6 W.W.R. (N.S.) 473 .....	285
Canadien Pacifique Ltée c. Travailleurs unis des transports .....	[1979] 1 C.F. 609 .....	656
Capstone Power Corp. c. 1177719 Alberta Ltd. ....	2016 BCSC 1274 .....	759
Carey c. Laiken .....	2015 CSC 17, [2015] 2 R.C.S. 79 .....	248, 274
Carlson, Carlson and Hettrick c. Big Bud Tractor of Canada Ltd. ....	(1981), 7 Sask. R. 337 .....	755
Caron c. Paul Albert Chevrolet Buick Cadillac inc. ....	2016 QCCA 564 .....	248
Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District) .....	2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5 .....	108
Centre commercial Les Rivières ltée c. Jean bleu inc. ....	2012 QCCA 1663 .....	248, 269
Century Services Inc. c. Canada (Procureur général) .....	2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379 .....	178
Chamandy c. Chartier .....	2015 QCCA 1142 .....	249
Charbonneau c. Procureur général du Québec .....	[1973] R.P. 10 .....	278
Citi Cards Canada Inc. c. Pleasance .....	2011 ONCA 3, 103 O.R. (3d) 241 .....	419
Clements c. Clements .....	2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181 .....	365
College of Optometrists (Ont.) c. SHS Optical Ltd. ....	2008 ONCA 685, 241 O.A.C. 225 .....	274
College of Physicians and Surgeons of British Columbia c. British Columbia (Information and Privacy Commissioner) .....	2002 BCCA 665, 23 C.P.R. (4th) 185 .....	539
Commercial union cie d'assurance du Canada c. Pentagon Construction Canada Inc. ....	[1989] R.J.Q. 1399 .....	66
Commissaire à la protection de la vie privée du Canada c. Air Canada ....	2010 CF 429 .....	552
Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux) .....	[1990] 2 R.C.S. 838 .....	662
Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster .....	[1936] A.C. 1 .....	694, 717
Commonwealth Construction Co. c. Imperial Oil Ltd. ....	[1978] 1 R.C.S. 317 .....	54
Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez .....	[1975] 1 R.C.S. 228 .....	636
Compagnie d'assurances AIG du Canada c. Solmax International inc. ....	2016 QCCA 258 .....	539

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général) .....	2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135 .....	571
Conceicao Farms Inc. c. Zeneca Corp. ....	(2006), 83 O.R. (3d) 792 .....	539
Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général) .....	2007 QCCS 2672, [2007] R.J.Q. 1556 .....	125
Consolidated Distilleries, Ltd. c. The King .....	[1933] A.C. 508 .....	635
Consortium Capital Projects Inc. c. Blind River Veneer Ltd. ....	(1988), 63 O.R. (2d) 761 .....	755
Constructions Louisbourg ltée c. Société Radio-Canada .....	2014 QCCA 155 .....	248, 270
Co-operative Insurance Society Ltd c. Centremoor Ltd. ....	[1983] 2 E.G.L.R. 52 .....	752
Co-operators Compagnie d'assurance-vie c. Gibbens .....	2009 CSC 59, [2009] 3 R.C.S. 605 .....	45
Coote c. Lawyers' Professional Indemnity Co. ....	2013 CAF 143 .....	667
Cophorne Holdings Ltd. c. Canada .....	2011 CSC 63, [2011] 3 R.C.S. 721 .....	756
Cotroni c. Commission de police du Québec .....	[1978] 1 R.C.S. 1048 .....	272
Crane c. Hegeman-Harris Co. ....	[1939] 1 All E.R. 662 .....	740
Cycles Lambert Inc. c. Canada Border Services Agency .....	2015 CAF 45 .....	91
<b>D</b>		
D'Anjou c. Lamontagne .....	2014 QCCQ 11999 .....	544
Dagenais c. Société Radio-Canada .....	[1994] 3 R.C.S. 835 .....	202
Daigle c. Corporation municipale de la Paroisse de St-Gabriel de Brandon .....	[1991] R.D.J. 249 .....	281
Daverne c. John Switzer Fuels Ltd. ....	2015 ONCA 919, 128 O.R. (3d) 188 .....	38
David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc. ....	[1995] 1 C.F. 588 .....	648
Davies c. American Home Assurance Co. ....	(2002), 60 O.R. (3d) 512 .....	542
Descôteaux c. Mierzwinski .....	[1982] 1 R.C.S. 860 .....	578, 595
Desjardins Assurances générales inc. c. Groupe Ledor inc., mutuelle d'assurances .....	2014 QCCA 1501 .....	535
Directeur exécutif de l'évaluation (N.-B.) c. Ganong Bros. Ltd. ....	2004 NBCA 46, 271 R.N.-B. (2 <sup>e</sup> ) 43 .....	346
Dorchak c. Krupka .....	1997 ABCA 89, 196 A.R. 81 .....	591, 610
Doré c. Verdun (Ville) .....	[1997] 2 R.C.S. 862 .....	718
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College .....	[1990] 3 R.C.S. 570 .....	647
Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia ....	2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226 ....	311, 324
Droit de la famille — 122875 .....	2012 QCCA 1855, 29 R.F.L. (7th) 137 ...	248, 272
Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada .....	[1998] 1 R.C.S. 795 .....	694
Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick .....	2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 ....	91, 107, 306, 326, 572, 612
Dynamex Canada Inc. c. Miller .....	(1998), 161 Nfld. & P.E.I.R. 97 .....	740, 751
<b>E</b>		
Echostar Satellite Corp. c. Lis .....	2004 CanLII 2156 .....	270
Ediger c. Johnston .....	2013 CSC 18, [2013] 2 R.C.S. 98 .....	365, 392
Edmonton ARB, décision n° 0098 139/11, 24 août 2011 .....	.....	338
Edmonton ARB, décision n° 0098 174/10, 4 août 2010 .....	.....	338
Edmonton (City) c. Army & Navy Department Stores Ltd. ....	[2002] A.M.G.B.O. No. 126 (QL) .....	316
Edmonton (City) c. Edmonton (City) Assessment Review Board .....	2010 ABQB 634, 503 A.R. 144 .....	327
Edmonton (City) c. Edmonton (Composite Assessment Review Board) ....	2012 ABQB 118, 534 A.R. 110 .....	328
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général) .....	[1989] 2 R.C.S. 1326 .....	191, 197
Ell c. Alberta .....	2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S. 857 .....	130

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Estrada c. Young .....	2005 QCCA 493 .....	250, 274
Ex parte Langley .....	(1879), 13 Ch. D. 110 .....	275
Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co. ....	[1980] 1 R.C.S. 888 .....	48
<b>F</b>		
F.H. c. McDougall .....	2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41 .....	744
Fantl c. Transamerica Life Canada .....	2009 ONCA 377, 95 O.R. (3d) 767 .....	182
Foundation Co. of Canada c. Aetna Casualty Co. of Canada .....	[1976] I.L.R. ¶ 1-757 .....	66
Fournier Avocats inc. c. Cinar Corp. ....	2010 QCCA 2278 .....	536
Fraser Valley Refrigeration, Re .....	2009 BCSC 848, [2009] 6 C.T.C. 73 .....	758
Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd. ....	[1993] 2 R.C.S. 316 .....	332
Frederick E. Rose (London) Ltd. c. William H. Pim Jnr. & Co. ....	[1953] 2 Q.B. 450 .....	741
Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts du Canada .....	2014 CSC 42, [2014] 2 R.C.S. 197 .....	309
Funtastic Ltd. c. Chief Executive Officer of Customs .....	[2008] AATA 528 .....	92
<b>G</b>		
GCAN Insurance Co. c. Univar Canada Ltd. ....	2016 QCCA 500 .....	39, 73
General Accident Assurance Co. c. Chrusz .....	(1999), 45 O.R. (3d) 321 .....	541
Godin c. Godin .....	2012 NSCA 54, 317 N.S.R. (2d) 204 ...	248, 282
Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels) .....	2006 CSC 31, [2006] 2 R.C.S. 32 .....	579
Goudreault c. Collège de Rosemont .....	2012 QCCS 2017 .....	243
Gougoux c. Richard .....	2005 CanLII 37770 .....	250
Grand Trunk Pacific Railway Co. c. Dearborn .....	(1919), 58 R.C.S. 315 .....	431
Graymar Equipment (2008) Inc. c. Canada (Attorney General) .....	2014 ABQB 154, 97 Alta. L.R. (5th) 288 ...	751
Greenberg c. Gruber .....	2004 CanLII 14882 .....	518
Greene c. Canadian General Insurance Co. ....	(1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151 .....	64, 77
Groupe Jean Coutu (PJC) inc. c. Canada (Procureur général) .....	2016 CSC 55, [2016] 2 R.C.S. 670 .....	743
Grusk c. Sparling .....	(1992), 44 C.A.Q. 219 .....	513
GT Group Telecom Inc., Re .....	(2004), 5 C.B.R. (5th) 230 .....	754
Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp. ....	[1999] 3 R.C.S. 423 .....	59
Guay c. Gesca ltée .....	2013 QCCA 343, [2013] R.J.Q. 342 .....	546
Guay c. Lebel .....	2016 QCCA 1555 .....	248
Guerin c. La Reine .....	[1982] 2 C.F. 385 .....	19
Guerin c. La Reine .....	[1984] 2 R.C.S. 335 .....	6
Guindon c. Canada .....	2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3 .....	695, 719
<b>H</b>		
H. F. Clarke Ltd. c. Thermidaire Corp. ....	[1973] 2 O.R. 57 .....	750
H.L. c. Canada (Procureur général) .....	2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401 .....	388
Habtenkiel c. Canada (Citoyenneté et Immigration) .....	2014 CAF 180, [2015] 3 R.C.F. 327 .....	328
Harris c. Minister of National Revenue .....	[1965] 2 R.C. de l'É. 653 .....	338
Hart c. Boutilier .....	(1916), 56 D.L.R. 620 .....	734, 751
Harvest Operations Corp. c. Canada (Attorney General) .....	2015 ABQB 327, [2015] 6 C.T.C. 78 .....	739
Hébert c. Procureur général du Québec .....	[1966] J.Q. n° 15 (QL) .....	278
Helly Hansen Leisure Canada Inc. c. Canada (Agence des services frontaliers) .....	2009 CAF 345 .....	92

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie .....	2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306 .....	37
Hickman c. Taylor .....	329 U.S. 495 (1947) .....	547
Hinse c. Canada (Procureur général) .....	2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621 .....	374
Hodgson c. Bande indienne d'Ermineskin n° 942 .....	2000 CanLII 15066 .....	631
Hollick c. Toronto (Ville) .....	2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158 .....	179
Housen c. Nikolaisen .....	2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 .....	38, 69, 365, 388, 463, 514, 706
Husky Oil Operations Ltd. c. Saskatchewan (Minister of Finance) ....	2014 SKQB 116, 443 Sask. R. 172 .....	759
<b>I</b>		
I.C.R.V. Holdings Ltd. c. Tri-Par Holdings Ltd. ....	(1994), 53 B.C.A.C. 72 .....	752
Immeubles B.P. Ltée c. Ville d'Anjou .....	[1978] C.S. 422 .....	345
Imperial Oil Ltd. c. Tanguay .....	[1971] C.A. 109 .....	248
Imperial Tobacco Canada ltée c. Létourneau .....	2012 QCCA 2260 .....	535
Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. c. Brine .....	2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575 ...	39, 73
Informatique Côté, Coulombe inc. c. Groupe Son X Plus inc. ....	2012 QCCA 2262 .....	535
Ingles c. Tutkaluk Construction Ltd. ....	2000 CSC 12, [2000] 1 R.C.S. 298 .....	463
Inspecteur général des institutions financières c. Assurances funéraires Rousseau et frère Ltée .....	[1990] R.R.A. 473 .....	467
Investors Compensation Scheme Ltd. c. West Bromwich Building Society .....	[1998] 1 All E.R. 98 .....	71
Iron Ore Co. of Canada c. United Steel Workers of America, Local 5795 .....	(1979), 20 Nfld. & P.E.I.R. 27 .....	272
ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. ....	[1986] 1 R.C.S. 752 .....	630, 649, 667
<b>J</b>		
J.G. c. Nadeau .....	2016 QCCA 167 .....	366, 396
JAFT Corp. c. Jones .....	2014 MBQB 59, 304 Man. R. (2d) 86 .....	759
Javanmardi c. Collège des médecins du Québec .....	2013 QCCA 306, [2013] R.J.Q. 328 .....	248
Joscelyne c. Nissen .....	[1970] 2 Q.B. 86 .....	740, 751
Journet c. Superchef Food Industries Ltd. ....	[1984] C.S. 916 .....	504
JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu na- tional) .....	2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557 .....	631
Juliar c. Canada (Attorney General) .....	(1999), 46 O.R. (3d) 104 .....	730
<b>K</b>		
Kanji c. Canada (Attorney General) .....	2013 ONSC 781, 114 O.R. (3d) 1 .....	756
Kassburg c. Sun Life Assurance Co. of Canada .....	2014 ONCA 922, 124 O.R. (3d) 171 .....	38
Kennedy c. McKenzie .....	(2005), 17 C.P.C. (6th) 229 .....	540
King c. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc. ....	2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63 .....	38
Kolias c. Owners : Condominium Plan 309 CDC .....	2008 ABCA 379, 440 A.R. 389 .....	755
<b>L</b>		
La Reine c. Commission de transport de la Communauté urbaine de Montréal .....	[1980] 2 C.F. 151 .....	647
Laferrrière c. Lawson .....	[1991] 1 R.C.S. 541 .....	369
Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville) .....	[1989] 1 R.C.S. 705 .....	394

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général) .....	2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209 ....	571, 595
Lavoie c. Collège de Rosemont .....	2012 QCCS 1685 .....	243
Legal Services Society c. British Columbia (Information and Privacy Commissioner) .....	2003 BCCA 278, 226 D.L.R. (4th) 20 .....	572
Lemair c. Canada (Procureur général) .....	2015 QCCS 1142 .....	716
Llewellyn c. Carter .....	2008 PESCAD 12, 278 Nfld. & P.E.I.R. 96 ...	542
Louch c. Decicco .....	2007 BCSC 393, 39 C.P.C. (6th) 8 .....	553
Love c. Love .....	2013 SKCA 31, [2013] 5 W.W.R. 662 .....	755
Lyell c. Kennedy (No. 2) .....	(1883), 9 App. Cas. 81 .....	533

## M

MacDonald c. Chicago Title Insurance Co. of Canada .....	2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663 .....	38, 71
Mackenzie c. Coulson .....	(1869), L.R. 8 Eq. 368 .....	697, 733
Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances) .....	2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405 .....	130
MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson .....	(1994), 92 B.C.L.R. (2d) 1 .....	269
MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson .....	[1995] 4 R.C.S. 725 .....	133, 177, 635
Maranda c. Richer .....	2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193 .....	579
Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier .....	[1969] R.C.S. 745 .....	393
Martin c. Dupont .....	2016 QCCA 475 .....	467, 512
Masters' Association of Ontario c. Ontario .....	2011 ONCA 243, 105 O.R. (3d) 196 .....	137
McGhee c. National Coal Board .....	[1973] 1 W.L.R. 1 .....	368
McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission) .....	2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895 ...	108, 309, 327, 611
McLean c. McLean .....	2013 ONCA 788, 118 O.R. (3d) 216 .....	752
McPeake c. Canada (Attorney General) .....	2012 BCSC 132, [2012] 4 C.T.C. 203 .....	758
Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé) .....	2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23 .....	606
Miller c. Jackson .....	[1977] 1 Q.B. 966 .....	85
Mitchell c. MacMillan .....	(1980), 5 Sask. R. 160 .....	751
Monk c. Farmers' Mutual Insurance Co. ....	2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710 .....	38, 71
Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers) ...	2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152 .....	325
Montréal (Ville de) c. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP), section locale 301 .....	2006 QCCS 5273 .....	250
Morasse c. Université Laval .....	2012 QCCS 1565 .....	241, 260
Morasse c. Université Laval .....	2012 QCCS 1859 .....	242, 257, 261
Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature) ....	2002 CSC 11, [2002] 1 R.C.S. 249 .....	332
Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville) .....	2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3 .....	308

## N

National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations) ...	[1990] 2 R.C.S. 1324 .....	313, 331
Newcastle Recycling Ltd. c. Clarington (Municipality) .....	2010 ONCA 314, 261 O.A.C. 373 .....	258
Newfoundland and Labrador (Attorney General) c. Information and Privacy Commissioner (Nfld. and Lab.) .....	2011 NLCA 69, 314 Nfld. & P.E.I.R. 305 ...	596
Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor) .....	2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708 .....	91, 314
Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera .....	2000 CSC 24, [2000] 1 R.C.S. 551 .....	48
Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals .....	2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616 .....	611

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Norrail Transport Inc. c. Canadien Pacifique Ltée .....	1998 CanLII 7641 .....	639
Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada .....	[1983] 1 R.C.S. 733 .....	644
<b>O</b>		
Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario .....	2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3 .....	177, 635
Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc. ....	2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147 .....	311
Ontario Deputy Judges Assn. c. Ontario .....	(2006), 80 O.R. (3d) 481 .....	138
Ontario Hydro c. Royal Insurance .....	[1981] O.J. No. 215 (QL) .....	64, 78
Ontario New Home Warranty Program c. Chevron Chemical Co. ....	(1999), 46 O.R. (3d) 130 .....	182
Ontario (Sécurité communautaire et Services correctionnels) c. Ontario (Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée) .....	2014 CSC 31, [2014] 1 R.C.S. 674 .....	612
Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals c. Sovereign General Insurance Co. ....	2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581 .....	39, 73
Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association .....	2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815 .....	573, 612
Opron Construction Co. c. Alberta .....	(1989), 100 A.R. 58 .....	540
Orange Properties Ltd. c. Winnipeg City Assessor .....	(1996), 107 Man. R. (2d) 278 .....	337
Oriole Oil & Gas Ltd. c. American Eagle Petroleum Ltd. ....	(1981), 27 A.R. 411 .....	754
Osborne c. Rowlett .....	(1880), 13 Ch. D. 774 .....	326
Outils Gladu Inc. c. Canada (Agence des services frontaliers) .....	2009 CAF 215 .....	97
<b>P</b>		
Pacific Western Airlines Ltd. c. La Reine .....	[1979] 2 C.F. 476 .....	657
Pallen Trust, Re .....	2015 BCCA 222, 385 D.L.R. (4th) 499 .....	716, 756
Paré c. Paré (Succession de) .....	2014 QCCA 1138 .....	513
Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324 .....	2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157 .....	548
Peacock c. Bell .....	(1667), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84 .....	549
Penetanguishene Mental Health Centre c. Ontario .....	2010 ONCA 197, 260 O.A.C. 125 .....	551
Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd. ....	2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678 .....	733, 750
Personne désignée c. Vancouver Sun .....	2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253 .....	191, 197
Peter Kiewit Sons Co. c. Perry .....	2007 BCSC 305 .....	287
Peter Pan Drive-In Ltd. c. Flambro Realty Ltd. ....	(1978), 22 O.R. (2d) 291 .....	751
Petro-Canada Inc. c. Coquitlam Assessor, Area No. 12 .....	(1991), 61 B.C.L.R. (2d) 86 .....	11
Philippe Trépanier inc. et Deloitte, s.e.n.c.r.l. ....	2014 QCCS 2615 .....	716
Poje c. Attorney General for British Columbia .....	[1953] 1 R.C.S. 516 .....	282
Pomerleau c. La Reine .....	[2004] R.J.Q. 83 .....	124
Portage LaPrairie Mutual Insurance Co. c. Sabean .....	2015 NSCA 53, 386 D.L.R. (4th) 449 .....	38
Precision Plating Ltd. c. Axa Pacific Insurance Co. ....	2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281 .....	38, 71
Premier Tech Ltée c. Dollo .....	2015 QCCA 1159 .....	449
Primaplas Pty. Ltd. c. Chief Executive Officer of Customs .....	[2016] FCAFC 40 .....	98
Prince Albert (City) c. 101027381 Saskatchewan Ltd. ....	2009 SKCA 59, 324 Sask. R. 313 .....	337
Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne) .....	2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809 .....	574, 614
Privest Properties Ltd. c. Foundation Co. of Canada Ltd. ....	(1991), 57 B.C.L.R. (2d) 88 .....	61

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Procom Immobilier Inc. c. Commission des valeurs mobilières du Québec .....	[1992] R.D.J. 561 .....	270
Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia ...	[1982] 2 R.C.S. 307 .....	635
Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard .....	2010 CSC 33, [2010] 2 R.C.S. 245 .....	45, 78
Prospera Credit Union, Re .....	2002 BCSC 1806, 32 B.L.R. (3d) 145 .....	754
Prud'homme c. Prud'homme .....	1997 CanLII 8253 .....	251
Prud'homme c. Prud'homme .....	2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663 .....	373
Prudential Assurance Co. c. Canada .....	[1993] 2 C.F. 293 .....	639
Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) .....	[1998] 1 R.C.S. 982 .....	328
<b>Q</b>		
Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc. ...	2013 CSC 65, [2013] 3 R.C.S. 838 .....	681, 700, 743, 759
Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée .....	[1977] 2 R.C.S. 1054 .....	634, 660
Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Services environnementaux AES inc. ....	2011 QCCA 394, 2011 D.T.C. 5045 .....	709
Québec Téléphone c. Compagnie de Téléphone Bell du Canada .....	[1972] R.C.S. 182 .....	635
<b>R</b>		
R. c. B.O.2 .....	2010 NLCA 19 .....	218
R. c. Barnier .....	[1980] 1 R.C.S. 1124 .....	584
R. c. Barros .....	2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368 .....	542
R. c. Basi .....	2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389 .....	539
R. c. Bezdán .....	2001 BCCA 215, 154 B.C.A.C. 122 .....	216
R. c. Big M Drug Mart Ltd. ....	[1985] 1 R.C.S. 295 .....	647
R. c. Bridges .....	(1989), 61 D.L.R. (4th) 154 .....	269
R. c. Brown .....	2002 CSC 32, [2002] 2 R.C.S. 185 .....	580
R. c. Caron .....	2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78 .....	177
R. c. Cerasuolo .....	(2001), 151 C.C.C. (3d) 445 .....	217
R. c. Cole .....	2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34 .....	430
R. c. Cunningham .....	2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331 .....	635
R. c. D.L.W. ....	2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402 .....	328
R. c. DeSousa .....	2012 ONCA 254, 109 O.R. (3d) 792 .....	222
R. c. Dion .....	2015 QCCA 1826 .....	217
R. c. Dorsey .....	(1999), 123 O.A.C. 342 .....	217
R. c. Douglas .....	(2002), 162 C.C.C. (3d) 37 .....	217
R. c. Druken .....	2006 NLCA 67, 261 Nfld. & P.E.I.R. 271 ...	217
R. c. Dumont .....	2013 QCCA 576 .....	217
R. c. Edgar .....	2010 ONCA 529, 101 O.R. (3d) 161 .....	221
R. c. G.W.C. ....	2000 ABCA 333, 277 A.R. 20 .....	216
R. c. Gardiner .....	[1982] 2 R.C.S. 368 .....	286
R. c. Généreux .....	[1992] 1 R.C.S. 259 .....	132
R. c. Griffin .....	2009 CSC 28, [2009] 2 R.C.S. 42 .....	276
R. c. Gruenke .....	[1991] 3 R.C.S. 263 .....	539, 573
R. c. Henry .....	2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609 .....	644
R. c. Kea .....	(2005), 27 M.V.R. (5th) 182 .....	544

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Kopyto .....	(1987), 62 O.R. (2d) 449 .....	250, 278
R. c. Krawczyk .....	2009 BCCA 250, 275 B.C.A.C. 6 .....	269
R. c. Lacasse .....	2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089 ...	216, 287
R. c. Lanthier .....	2008 CanLII 13797 .....	540
R. c. Lloyd .....	2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130 .....	647
R. c. MacIvor .....	2003 NSCA 60, 215 N.S.R. (2d) 344 .....	216
R. c. Mailhot .....	2013 QCCA 870 .....	217
R. c. McClure .....	2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445 ...	550, 571
R. c. Mentuck .....	2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442 .....	202
R. c. National Post .....	2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477 .....	538
R. c. Nixon .....	2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566 .....	209
R. c. Nome .....	2002 BCCA 468, 172 B.C.A.C. 183 .....	217
R. c. Oxford .....	2010 NLCA 45, 299 Nfld. & P.E.I.R. 327 ...	223
R. c. Power .....	[1994] 1 R.C.S. 601 .....	222
R. c. Rose .....	[1998] 3 R.C.S. 262 .....	187
R. c. Sinclair .....	2004 MBCA 48, 185 C.C.C. (3d) 569 .....	224
R. c. Soomel .....	2003 BCSC 140 .....	540
R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. ....	[1980] 1 R.C.S. 695 .....	634
R. c. Tkachuk .....	2001 ABCA 243, 293 A.R. 171 .....	227
R. c. Tran .....	2016 ONCA 48 .....	258
R. c. Vaillancourt .....	1995 CanLII 5036 .....	258
R. c. Villaroman .....	2016 CSC 33, [2016] 1 R.C.S. 1001 .....	274
Racal Group Services Ltd. c. Ashmore .....	(1995), 68 T.C. 86 .....	737
Rapport de conclusions en vertu de la LPRPDE n° 2014-013 (en ligne) ...	.....	433
Re : Aboriginal Diamonds Group .....	2007 NWTSC 37 .....	759
Re Awada .....	(1970), 13 C.R.N.S. 127 .....	272
Re Ouellet (No. 1) .....	(1976), 28 C.C.C. (2d) 338 .....	251, 280
Re Slocock's Will Trusts .....	[1979] 1 All E.R. 358 .....	735
Re Southam Inc. and The Queen (No. 1) .....	(1983), 41 O.R. (2d) 113 .....	191
Re Tilco Plastics Ltd. c. Skurjat .....	[1966] 2 O.R. 547 .....	274
Reardon Smith Line Ltd. c. Hansen-Tangen .....	[1976] 3 All E.R. 570 .....	71
Reed Shaw Osler Ltd. c. Wilson .....	(1981), 17 Alta. L.R. (2d) 81 .....	751
Regroupement des marchands actionnaires inc. c. Métro Inc. ....	2011 QCCS 2389 .....	516
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard .....	[1997] 3 R.C.S. 3 .....	130
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard .....	[1998] 1 R.C.S. 3 .....	154
Réseau de télévision Star Choice Inc. c. Canada (Agence des douanes et du revenu) .....	2004 CAF 153 .....	91
Résumé de conclusions d'enquête en vertu de la LPRPDE n° 2005-311 (en ligne) .....	.....	433
Résumé de conclusions d'enquête en vertu de la LPRPDE n° 2009-003 (en ligne) .....	.....	433
Rhine c. La Reine .....	[1980] 2 R.C.S. 442 .....	664
Richmond Newspapers, Inc. c. Virginia .....	448 U.S. 555 (1980) .....	200
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re) .....	[1998] 1 R.C.S. 27 .....	14, 316, 594
Roberts c. Canada .....	[1989] 1 R.C.S. 322 .....	636
Rodriguez c. Woloszyn .....	2013 ABQB 269, 554 A.R. 8 .....	545

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique .....	2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283 .....	312, 332
Rona Corporation Inc. c. Canada (Agence des services frontaliers) ...	2008 CanLII 13335 .....	98
Royal Bank of Canada c. El-Bris Ltd. ....	2008 ONCA 601, 92 O.R. (3d) 779 .....	753
<b>S</b>		
S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail) .....	2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539 .....	324
S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd. ....	2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156 .....	255
Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp. ....	2013 CSC 37, [2013] 2 R.C.S. 623 .....	539
Sankar c. Bell Mobility Inc. ....	2016 ONCA 242 .....	38, 71
Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp. ....	2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633 .....	37, 68, 311, 327
Sayers & Associates Ltd. c. Insurance Corp. of Ireland Ltd. ....	(1981), 126 D.L.R. (3d) 681 .....	63
Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd. ....	[1980] 2 R.C.S. 78 .....	394
Scott c. Scott .....	[1913] A.C. 417 .....	191
Sentilles c. Inter-Caribbean Shipping Corp. ....	361 U.S. 107 (1959) .....	369
Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc. ....	2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157 ...	716, 733, 753
Shell Canada Ltée c. Canada .....	[1999] 3 R.C.S. 622 .....	694, 717, 738, 756
Sher-Wood Hockey Inc. c. President of the Canada Border Services Agency .....	2011 CarswellNat 7160 (WL Can.) .....	89, 110
Ship M. F. Whalen c. Pointe Anne Quarries Ltd. ....	(1921), 63 R.C.S. 109 .....	734
Simcoe & Erie General Insurance Co. c. Royal Insurance Co. of Canada .....	(1982), 36 A.R. 553 .....	66
Slaight Communications Inc. c. Davidson .....	[1989] 1 R.C.S. 1038 .....	548
Slate Management Corp. c. Canada (Attorney General) .....	2016 ONSC 4216 .....	758
Slocan Forest Products Ltd. c. Trapper Enterprises Ltd. ....	2010 BCSC 1494, 100 C.P.C. (6th) 70 .....	552
Smith c. Alliance Pipeline Ltd. ....	2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160 .....	310, 327
Smith c. Gow-Ganda Mines, Ltd. ....	(1911), 44 R.C.S. 621 .....	491
Smith c. Jones .....	[1999] 1 R.C.S. 455 .....	542, 576
Snell c. Farrell .....	[1990] 2 R.C.S. 311 .....	363, 391
Société canadienne des postes c. Alliance de la Fonction publique du Canada .....	2010 CAF 56, [2011] 2 R.C.F. 221 .....	92
Société d'énergie de la Baie James c. Groupe Aecon ltée .....	2011 QCCA 646 .....	535
Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc. ....	2004 CSC 18, [2004] 1 R.C.S. 456 .....	531, 595
Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général) .....	2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19 .....	191, 196
Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec .....	[1979] 2 R.C.S. 618 .....	273
Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général) ...	[1996] 3 R.C.S. 480 .....	191, 196
Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc. ....	2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615 .....	309
Solosky c. La Reine .....	[1980] 1 R.C.S. 821 .....	578, 610
South Yukon Forest Corp. c. R. ....	2012 CAF 165, 4 B.L.R. (5th) 31 .....	366
State Farm Mutual Automobile Insurance Co. c. Commissaire à la protection de la vie privée du Canada .....	2010 CF 736 .....	552
Stein c. Le navire « Kathy K » .....	[1976] 2 R.C.S. 802 .....	463
Stewart Estate c. 1088294 Alberta Ltd. ....	2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1 ...	38, 71
St-Jean c. Mercier .....	2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491 .....	363, 388
Strickland c. Canada (Procureur général) .....	2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713 .....	643, 665, 667

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Stubart Investments Ltd. c. La Reine .....	[1984] 1 R.C.S. 536 .....	694
Succession Ordon c. Grail .....	[1998] 3 R.C.S. 437 .....	548
Susan Hosiery Ltd. c. Minister of National Revenue .....	[1969] 2 R.C. de l'É. 27 .....	534
Swainland Builders Ltd. c. Freehold Properties Ltd. ....	[2002] EWCA Civ 560 .....	752
<b>T</b>		
Tenneco Canada Inc. c. British Columbia Hydro and Power Authority ....	1999 BCCA 415, 126 B.C.A.C. 9 .....	44
Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence) .....	2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161 .....	311
Thomas Bates and Son Ltd. c. Wyndham's (Lingerie) Ltd. ....	[1981] 1 W.L.R. 505 .....	745
Toronto (City) (Re) .....	2000 CanLII 21004 .....	431
Tournier c. National Provincial and Union Bank of England .....	[1924] 1 K.B. 461 .....	432
Townsend c. Kroppmanns .....	2004 CSC 10, [2004] 1 R.C.S. 315 .....	328
TransAlta Corp. c. Market Surveillance Administrator .....	2014 ABCA 196, 577 A.R. 32 .....	552
Trudel c. Foucher .....	2015 QCCA 691 .....	249
True Construction Ltd. c. Kamloops (City) .....	2016 BCCA 173 .....	38, 71
<b>U</b>		
Union canadienne (L'), compagnie d'assurance c. St-Pierre .....	2012 QCCA 433, [2012] R.J.Q. 340 .....	535
United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général) .....	[1992] 1 R.C.S. 901 .....	268
Untel c. Ontario (Finances) .....	2014 CSC 36, [2014] 2 R.C.S. 3 .....	612
<b>V</b>		
Valente c. La Reine .....	[1985] 2 R.C.S. 673 .....	130
Vallieres c. Vozniak .....	2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28 ... 38, 71	
Van Camp c. Chrome Horse Motorcycle Inc. ....	2015 ABCA 83, 599 A.R. 201 .....	39
Vancouver Assessor, Area 9 c. Bramalea Ltd. ....	(1990), 52 B.C.L.R. (2d) 218 .....	11
Vancouver Sun (Re) .....	2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332 .....	191
Verdicchio c. Canada .....	2010 CF 117 .....	632
Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc. ...	[1992] 2 R.C.S. 1065 .....	248, 269
<b>W</b>		
Walls c. Canada .....	2002 CSC 47, [2002] 2 R.C.S. 684 .....	714
Ward c. Pasternak .....	2015 BCSC 1190 .....	553
Wasauksing First Nation c. Wasausink Lands Inc. ....	(2004), 184 O.A.C. 84 .....	740, 751
Westbank Holdings Ltd. c. Westgate Shopping Centre Ltd. ....	2001 BCCA 268, 155 B.C.A.C. 1 .....	18
Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton .....	2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534 .....	179
Westfair Foods Ltd. c. Naherny .....	(1990), 63 Man. R. (2d) 238 .....	286
Wexler c. The King .....	[1939] R.C.S. 350 .....	258
Wilsher c. Essex Area Health Authority .....	[1988] 2 W.L.R. 557 .....	368
Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée .....	2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 720 .....	307
Wise c. Axford .....	[1954] O.W.N. 822 .....	754
<b>Z</b>		
Zhang c. Canada (Attorney General) .....	2015 BCSC 1256, 2015 DTC 5084 .....	759
Zhang c. Chau .....	(2003), 229 D.L.R. (4th) 298 .....	250, 268

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
<b>A</b>			
<i>Act respecting the distribution of financial products and services</i> , CQLR, c. D-9.2		<i>Courts of Justice Act</i> , CQLR, c. T-16	
s. 337 .....	521	s. 178 .....	116
<i>Act to amend the Courts of Justice Act and other legislative provisions as regards the status of justices of the peace</i> , S.Q. 2004, c. 12		<i>Customs Tariff</i> , S.C. 1997, c. 36	
s. 27 .....	116	Schedule .....	80
s. 30 .....	116	<b>D</b>	
s. 32 .....	116	Décret 932-2008, (2008) 140 G.O. 2, 5681 ...	116
<i>Act to incorporate The Canadian Transit Company</i> , S.C. 1921, c. 57 .....	617	<b>E</b>	
<i>Arbitration Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 55		<i>Education Improvement Act</i> , S.B.C. 2012, c. 3 ...	407
s. 31 .....	289	<b>F</b>	
<b>C</b>			
<i>Canada Business Corporations Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-44		<i>Federal Courts Act</i> , R.S.C. 1985, c. F-7	
s. 241 .....	438	s. 23 .....	617
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>		<i>Freedom of Information and Protection of Privacy Act</i> , R.S.A. 2000, c. F-25	
s. 1 .....	116, 407	s. 56(3) .....	555
s. 2(d) .....	407	<b>M</b>	
s. 11(d) .....	116	<i>Municipal Government Act</i> , R.S.A. 2000, c. M-26	
<i>Civil Code of Québec</i>		s. 467 .....	293
art. 1425 .....	670	s. 470 .....	293
art. 2849 .....	352	<i>Musqueam Indian Band Property Assessment Bylaw</i> , PR-96-01	
<i>Class Proceedings Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 50		s. 26(3.2) .....	3
s. 12 .....	162	<b>P</b>	
<i>Class Proceedings Act, 1992</i> , S.O. 1992, c. 6		<i>Personal Information Protection and Electronic Documents Act</i> , S.C. 2000, c. 5	
s. 12 .....	162	s. 7(3)(c) .....	412
<i>Code of Civil Procedure</i> , CQLR, c. C-25		Sch. 1, cl. 4.3.6 .....	412
art. 50 para. 1 .....	232		
<i>Constitution Act, 1867</i>			
preamble .....	116		



## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
<b>A</b>			
<i>Arbitration Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 55		<i>Loi constitutionnelle de 1867</i>	
art. 31 .....	289	préambule .....	116
<b>C</b>			
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		<i>Loi de 1992 sur les recours collectifs</i> , L.O. 1992,	
art. 1 .....	116, 407	c. 6	
art. 2d) .....	407	art. 12 .....	162
art. 11d) .....	116	<i>Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires</i>	
<i>Class Proceedings Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 50		<i>et d'autres dispositions législatives eu</i>	
art. 12 .....	162	<i>égard au statut des juges de paix</i> , L.Q.	
<i>Code civil du Québec</i>		2004, c. 12	
art. 1425 .....	670	art. 27 .....	116
art. 2849 .....	352	art. 30 .....	116
<i>Code de procédure civile</i> , RLRQ, c. C-25		art. 32 .....	116
art. 50 al. 1 .....	232	<i>Loi sur la distribution de produits et services</i>	
<b>D</b>		<i>financiers</i> , RLRQ, c. D-9.2	
Décret 932-2008, (2008) 140 G.O. 2, 5681 ...	116	art. 337 .....	521
<b>E</b>		<i>Loi sur la protection des renseignements per-</i>	
<i>Education Improvement Act</i> , S.B.C. 2012, c. 3 ...	407	<i>sonnels et les documents électroniques</i> ,	
<b>F</b>		L.C. 2000, c. 5	
<i>Freedom of Information and Protection of</i>		art. 7(3)c) .....	412
<i>Privacy Act</i> , R.S.A. 2000, c. F-25		ann. 1, art. 4.3.6 .....	412
art. 56(3) .....	555	<i>Loi sur les Cours fédérales</i> , L.R.C. 1985, c. F-7	
<b>L</b>		art. 23 .....	617
<i>Loi canadienne sur les sociétés par actions</i> ,		<i>Loi sur les tribunaux judiciaires</i> , RLRQ, c. T-16	
L.R.C. 1985, c. C-44		art. 178 .....	116
art. 241 .....	438	<b>M</b>	
<i>Loi constituant en corporation « The Canadian</i>		<i>Municipal Government Act</i> , R.S.A. 2000,	
<i>Transit Company</i> », S.C. 1921, c. 57 .....	617	c. M-26	
<b>T</b>		art. 467 .....	293
		art. 470 .....	293
		<i>Musqueam Indian Band Property Assessment</i>	
		<i>Bylaw</i> , PR-96-01	
		art. 26(3.2) .....	3
		<b>T</b>	
		<i>Tarif des douanes</i> , L.C. 1997, c. 36	
		annexe .....	80



## AUTHORS CITED

### DOCTRINE ET AUTRES DOCUMENTS CITÉS

	PAGE
Alberta. “2015 Alberta Assessment Quality Minister’s Guidelines” (online). .....	342
Alberta. Legislative Assembly. <i>Alberta Hansard</i> , 2nd Sess., 23rd Leg., April 11, 1994, p. 1052. ....	604
Alberta. Legislative Assembly. <i>Alberta Hansard</i> , 2nd Sess., 23rd Leg., April 18, 1994, pp. 1239-40. ....	605
Alberta. Legislative Assembly. <i>Alberta Hansard</i> , 2nd Sess., 23rd Leg., May 5, 1994, p. 1752. ....	605
Alberta. Legislative Assembly. <i>Alberta Hansard</i> , 2nd Sess., 27th Leg., April 21, 2009, p. 735. ....	340
Alberta. Office of the Information and Privacy Commissioner. “Solicitor-Client Privilege Adjudication Protocol”, October 2008 (online). .....	566
Alberta Law Reform Institute. Final Report No. 85. <i>Class Actions</i> . Edmonton: The Institute, 2000. ....	189
Appraisal Institute of Canada. <i>The Appraisal of Real Estate</i> , 3rd Canadian ed. Vancouver: Sauder School of Business (Real Estate Division), 2010. ....	17
Audet, Maurice. “All Risks — a promise made or a promise broken?” (1983), 50:10 <i>Canadian Underwriter</i> 34. ....	56
Audet, Maurice G. “Part II — Insurance” (2002), 12 C.L.R. (3d) 100. ....	56
Austin, Lisa M. “Reviewing PIPEDA: Control, Privacy and the Limits of Fair Information Practices” (2006), 44 <i>Can. Bus. L.J./Rev. can. dr. comm.</i> 21. ....	433
Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. <i>Les obligations</i> , 7 <sup>e</sup> éd., par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013. ....	469, 685
Berryman, Jeffrey. <i>The Law of Equitable Remedies</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2013. ....	736
Billingsley, Barbara. <i>General Principles of Canadian Insurance Law</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014. ....	40
Billingsley, Barbara. “‘Ingathered’ Records and the Scope of Litigation Privilege in Canada: Does Litigation Privilege Apply to Copies or Collections of Otherwise Unprivileged Documents?” (2014), 43 <i>Adv. Q.</i> 280. ....	540
Bilson, Beth. “The Expertise of Labour Arbitrators” (2005), 12 <i>C.L.E.L.J.</i> 33. ....	331
Black, Vaughan, and Stephen G. A. Pitel. “Out of Bounds: Can a Court Sit Outside Its Home Jurisdiction?” (2013), 41 <i>Adv. Q.</i> 503. ....	184
Boivin, Denis. <i>Insurance Law</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2015. ....	54
<i>Borrie &amp; Lowe: The Law of Contempt</i> , 4th ed., by Ian Cram, gen. ed. London: LexisNexis, 2010. ....	251
Breyer, Stephen. “Judicial Review of Questions of Law and Policy” (1986), 38 <i>Admin. L. Rev.</i> 363. ....	326
British Columbia. Legislative Assembly. <i>Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)</i> , 3rd Sess., 33rd Parl., May 3, 1985, p. 5934. ....	15

	PAGE
British Columbia. Legislative Assembly. <i>Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)</i> , vol. 20, No. 20, 4th Sess., 35th Parl., June 6, 1995, pp. 15070, 15072 and 15075-76. ....	181
British Columbia. Legislative Assembly. <i>Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)</i> , vol. 20, No. 23, 4th Sess., 35th Parl., June 8, 1995, pp. 15231-32. ....	181
British Columbia. Ministry of Attorney General. <i>Consultation Document: Class Action Legislation for British Columbia</i> . Victoria: The Ministry, 1994. ....	181
Brooks, Neil, and Kim Brooks. “The Supreme Court’s 2013 Tax Cases: Side-Stepping the Interesting, Important and Difficult Issues” (2015), 68 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 335. ....	735
Brown, Catherine, and Arthur J. Cockfield. “Rectification of Tax Mistakes Versus Retroactive Tax Laws: Reconciling Competing Visions of the Rule of Law” (2013), 61 <i>Can. Tax J./Rev. fisc. can.</i> 563. ....	735
Brown, Craig. <i>Insurance Law in Canada</i> . Toronto: Thomson Reuters, 2002 (loose-leaf updated 2016, release 2). ...	61
Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. <i>Judicial Review of Administrative Action in Canada</i> . Toronto: Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated May 2016, release 1). ....	328
Campion, John A., Stephanie A. Brown and Alistair M. Crawley. “The Oppression Remedy: Reasonable Expectations of Shareholders”, in <i>Law of Remedies: Principles and Proofs</i> , Special Lectures of the Law Society of Upper Canada. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995, 229. ....	498
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. V, 2 <sup>e</sup> sess., 28 <sup>e</sup> lég., 25 mars 1970, p. 5473. ....	650
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. V, 2nd Sess., 28th Parl., March 25, 1970, p. 5473. ...	650
Canadian College of Construction Lawyers. Insurance & Surety Committee. ““Covered for What?": Faulty Materials and Workmanship Coverage under Canadian Construction Insurance Policies” (2007), 1 <i>J.C.C.C.L.</i> 101. ....	56
Cardinal, Alain. « Quelques aspects modernes du secret professionnel de l’avocat » (1984), 44 <i>R. du B.</i> 237. ....	533
Charmetski, William, Patrick Flaherty and Jeremy Robinson. <i>The Personal Information Protection and Electronic Documents Act: A Comprehensive Guide</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2001. ....	423
Cohen, L. Jonathan. <i>The Probable and the Provable</i> . Oxford: Clarendon Press, 1977. ....	380
Collège canadien des avocats en droit de la construction. Insurance & Surety Committee. « “Covered for What?” : Faulty Materials and Workmanship Coverage under Canadian Construction Insurance Policies » (2007), 1 <i>J.C.C.C.L.</i> 101. ....	56
Colombie-Britannique. Assemblée législative. <i>Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)</i> , 3rd Sess., 33rd Parl., May 3, 1985, p. 5934. ....	15
Colombie-Britannique. Assemblée législative. <i>Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)</i> , vol. 20, No. 20, 4th Sess., 35th Parl., June 6, 1995, pp. 15070, 15072 and 15075-76. ....	181
Colombie-Britannique. Assemblée législative. <i>Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)</i> , vol. 20, No. 23, 4th Sess., 35th Parl., June 8, 1995, pp. 15231-32. ....	181
Colombie-Britannique. Ministry of Attorney General. <i>Consultation Document : Class Action Legislation for British Columbia</i> , Victoria, The Ministry, 1994. ....	181
Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada. <i>Loi uniforme sur les recours collectifs</i> (1996) (en ligne). ....	181
Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. <i>Interprétation des lois</i> , 4 <sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2009. ....	186
Crête, Raymonde, et Stéphane Rousseau. <i>Droit des sociétés par actions</i> , 3 <sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2011. ....	466, 489
Cross, Rupert. <i>Cross on Evidence</i> , 5th ed. London: Butterworths, 1979. ....	578

Cunliffe, Emma. “Open Justice: Concepts and Judicial Approaches” (2012), 40 <i>Fed. L. Rev.</i> 385. ....	196
Daly, Paul. “Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness” (forthcoming, <i>McGill L.J./R.D. McGill</i> ). ....	335
Daly, Paul. “The Unfortunate Triumph of Form over Substance in Canadian Administrative Law” (2012), 50 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 317. ....	326
Dodek, Adam M. <i>Solicitor-Client Privilege</i> . Markham, Ont.: LexisNexis, 2014. ....	596
Dolden, Eric A. “All Risk and Builders’ Risk Policies: Emerging Trends” (1990-91), 2 <i>C.I.L.R.</i> 341. ....	54
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983. ....	550
Dryden, Ken. <i>The Game</i> . Toronto: Macmillan of Canada, 1983. ....	86
Dyzenhaus, David. “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in Michael Taggart, ed., <i>The Province of Administrative Law</i> . Oxford: Hart, 1997, 279. ....	314
Eaton, J. D. <i>Real Estate Valuation in Litigation</i> , 2nd ed. Chicago: Appraisal Institute, 1995. ....	17
Ferland, Denis. « La Cour suprême et l’outrage au tribunal en matière d’injonction : Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. c. Cutter (Canada) Ltd., [1983] 2 R.C.S. 388; [1983] R.D.J. 481 (C.S.C.) » (1985), 45 <i>R. du B.</i> 462. ....	251
Ferland, Denis, et Benoît Emery. <i>Précis de procédure civile du Québec</i> , vol. 1, 5 <sup>e</sup> éd., Montréal, Yvon Blais, 2015. ...	273
Fridman, G. H. L. <i>The Law of Contract in Canada</i> , 6th ed. Toronto: Carswell, 2011. ....	750
Gaudet, Serge. « Inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse » (1995), 40 <i>McGill L.J./R.D. McGill</i> 291. ....	469
Gendreau, Paul-Arthur, et autres. <i>L’injonction</i> , Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998. ....	278
Gervais, Céline. <i>L’injonction</i> , 2 <sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005. ....	248
Goff, Lord, of Chieveley and Gareth Jones. <i>The Law of Restitution</i> , 7th ed., by Gareth Jones, ed. London: Sweet & Maxwell, 2007. ....	751
Hall, Geoff R. <i>Canadian Contractual Interpretation Law</i> , 3rd ed. Toronto: LexisNexis, 2016. ....	44, 750
<i>Halsbury’s Laws of Canada: Evidence</i> , 2014 Reissue, contributed by Hamish C. Stewart. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014. ....	540
<i>Halsbury’s Laws of England</i> , vol. 24, 5th ed. London: LexisNexis, 2010. ....	190
<i>Hanbury and Martin Modern Equity</i> , 20th ed., by Jamie Glister and James Lee. London: Sweet & Maxwell, 2015. ....	696, 734
Hansmann, Henry, Reinier Kraakman and Richard Squire. “The New Business Entities in Evolutionary Perspective”, [2005] <i>U. Ill. L. Rev.</i> 5. ....	466
Hart, H. L. A. <i>The Concept of Law</i> , 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. ....	325
Hartford, Patrick. “Clarifying the Doctrine of Rectification in Canada: A Comment on <i>Shafroon v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.</i> ” (2013), 54 <i>Can. Bus. L.J./Rev. can. dr. comm.</i> 87. ....	753
Hodge, David. <i>Rectification: The Modern Law and Practice Governing Claims for Rectification for Mistake</i> , 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 2016. ....	738
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. Supp. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2015, release 1). ...	644
Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. <i>Principles of Canadian Income Tax Law</i> , 7th ed. Toronto: Carswell, 2010. ....	694
Hubbard, Robert W., Susan Magotiaux and Suzanne M. Duncan. <i>The Law of Privilege in Canada</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated August 2016, release 35). ....	597

Institut canadien des évaluateurs. <i>The Appraisal of Real Estate</i> , 3rd Canadian ed., Vancouver, Sauder School of Business (Real Estate Division), 2010. ....	17
Jackson, Georgina R., and Janis Sarra. “Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters”, in Janis P. Sarra, ed., <i>Annual Review of Insolvency Law 2007</i> . Toronto: Thomson Carswell, 2008, 41. ....	178
Jacob, I. H. “The Inherent Jurisdiction of the Court” (1970), <i>23 Curr. Legal Probs.</i> 23. ....	177
Janke-Curliss, Karen, et al. “Rectification in Tax Law: An Overview of Current Cases”, in <i>Tax Dispute Resolution, Compliance, and Administration in Canada: Proceedings of the June 2012 Conference</i> . Toronto: Canadian Tax Foundation, 2013, 21:1. ....	735
Jutras, Daniel. « Expertise scientifique et causalité », dans <i>Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)</i> , Montréal, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 1992, 897. ....	382
Karim, Vincent. <i>Les obligations</i> , 4 <sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015. ....	511
Khoury, Lara. <i>Uncertain Causation in Medical Liability</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2006. ....	377
Koehnen, Markus. <i>Oppression and Related Remedies</i> . Toronto: Thomson/Carswell, 2004. ....	496
Krishna, Vern. <i>Income Tax Law</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012. ....	694
Lafond, Pierre-Claude. <i>Précis de droit des biens</i> , 2 <sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2007. ....	517
Lamontagne, Denys-Claude. <i>Biens et propriété</i> , 7 <sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013. ....	517
Larombière, M. L. <i>Théorie et pratique des obligations</i> , nouv. éd., t. 7, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885. ....	374
Law Society of British Columbia. <i>Code of Professional Conduct for British Columbia</i> (online). ....	222
Layton, David, and Michel Proulx. <i>Ethics and Criminal Law</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2015. ....	219
Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. <i>The Law of Evidence in Canada</i> , 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014. ....	597
Lichty, Mark G., and Marcus B. Snowden. <i>Annotated Commercial General Liability Policy</i> . Toronto: Canada Law Book, 2015 (loose-leaf updated December 2015, release 24). ....	50
Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. <i>Canadian Tort Law</i> , 10th ed. Toronto: LexisNexis, 2015. ....	372
Lluelles, Didier, et Benoît Moore. <i>Droit des obligations</i> , 2 <sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2012. ....	469, 511, 685
Macdonald, Roderick A. “Access to Justice in Canada Today: Scope, Scale and Ambitions”, in Julia Bass, W. A. Bogart and Frederick H. Zemans, eds., <i>Access to Justice for a New Century — The Way Forward</i> . Toronto: Law Society of Upper Canada, 2005, 19. ....	199
Macdonald, Roderick A. « L'accès à la justice aujourd'hui au Canada — étendue, envergure et ambitions », dans Julia Bass, W. A. Bogart et Frederick H. Zemans, dir., <i>L'accès à la justice pour le nouveau siècle : les voies du progrès</i> , Toronto, Barreau du Haut-Canada, 2005, 23. ....	199
Manes, Ronald D., and Michael P. Silver. <i>Solicitor-Client Privilege in Canadian Law</i> . Toronto: Butterworths, 1993. ....	578
Martel, Paul. <i>Business Corporations in Canada: Legal and Practical Aspects</i> . Toronto: Thomson Reuters, 2005 (loose-leaf updated 2016, release 6). ....	466, 471, 488
Martel, Paul. <i>La société par actions au Québec</i> , vol. I, <i>Les aspects juridiques</i> , Montréal, Wilson & Lafleur, 2011 (feuilles mobiles mises à jour juin 2016, envoi n° 97). ....	466, 471, 488
McCamus, John D. <i>The Law of Contracts</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012. ....	39, 750
McInnes, Mitchell. <i>The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution</i> . Markham, Ont.: LexisNexis, 2014. ....	751

Morritt, David S., Sonia L. Bjorkquist and Allan D. Coleman. <i>The Oppression Remedy</i> . Toronto: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated December 2015, release 17). .....	450, 471
Mullan, David J. “Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?” (2004), 17 <i>C.J.A.L.P./R.C.D.A.P.</i> 59. ....	312
Nitikman, Joel. “Many Questions (and a Few Possible Answers) About the Application of Rectification in Tax Law” (2005), 53 <i>Can. Tax J./Rev. fisc. can.</i> 941. ....	758
Ontario. Assemblée législative. <i>Journal des débats (Hansard)</i> , 1 <sup>re</sup> sess., 35 <sup>e</sup> lég., 18 novembre 1991 (en ligne). ....	180
Ontario. Assemblée législative. <i>Journal des débats (Hansard)</i> , 2 <sup>e</sup> sess., 34 <sup>e</sup> lég., 12 juin 1990 (en ligne). ....	180
Ontario. Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform. <i>Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform</i> . Toronto: The Committee, 1990. ....	180
Ontario. Commission de réforme du droit. <i>Report on Class Actions</i> , vol. II, Toronto, ministère du Procureur général, 1982. ....	180
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on Class Actions</i> , vol. II. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1982. ....	180
Ontario. Legislative Assembly. <i>Official Report of Debates (Hansard)</i> , 1st Sess., 35th Parl., November 18, 1991 (online). ....	180
Ontario. Legislative Assembly. <i>Official Report of Debates (Hansard)</i> , 2nd Sess., 34th Parl., June 12, 1990 (online). ....	180
Ontario. <i>Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions</i> . Toronto: The Committee, 1993. ....	216
Organisation mondiale des douanes. <i>Notes explicatives du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises</i> , 5 <sup>e</sup> éd., Bruxelles, Conseil de coopération douanière, 2012. ....	88, 106
Peel, Edwin. <i>The Law of Contract</i> , 14th ed. London: Sweet & Maxwell, 2015. ....	733
Peterson, Dennis H., and Matthew J. Cumming. <i>Shareholder Remedies in Canada</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009 (loose-leaf updated August 2016, release 39). ....	450, 471
<i>Phipson on Evidence</i> , 15th ed. by Howard M. N. et al. London: Sweet & Maxwell, 2000. ....	110
Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. <i>Théorie des obligations</i> , 4 <sup>e</sup> éd., par Jean Pineau et Serge Gaudet, Montréal, Thémis, 2001. ....	685
Poitras, Pierre-Stéphane. « L’assurance et l’industrie de la construction », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 147, <i>Développements récents en droit des assurances</i> , Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001, 181. ....	57
Popovici, Adrian. <i>L’outrage au tribunal</i> , Montréal, Thémis, 1977. ....	250
Prabhu, Mohan. <i>Canada’s Laws on Import and Export: An Overview</i> . Toronto: Irwin Law, 2014. ....	87
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats</i> , vol. 38, n <sup>o</sup> 75, 1 <sup>re</sup> sess., 37 <sup>e</sup> lég., 20 mai 2004, p. 4543. ...	145
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats de la Commission permanente des institutions</i> , vol. 38, n <sup>o</sup> 54, 1 <sup>re</sup> sess., 37 <sup>e</sup> lég., 28 mai 2004, p. 18. ....	145
Québec. Comité de la rémunération des juges. <i>Rapport du Comité de la rémunération des juges</i> , présidé par Alban D’Amours, 23 décembre 2010 (en ligne). ....	126
Québec. Comité de la rémunération des juges. <i>Rapport du comité de la rémunération des juges</i> , présidé par Daniel Johnson, avril 2008 (en ligne). ....	126
Québec. Comité de la rémunération des juges. <i>Rapport du Comité de la rémunération des juges</i> , présidé par Michel Clair, 30 septembre 2013 (en ligne). ....	126

	PAGE
Resnik, Judith. “The Democracy in Courts: Jeremy Bentham, ‘Publicity’, and the Privatization of Process in the Twenty-First Century” (2013), 10 <i>NoFo</i> 77. ....	199
Reynolds, R. Bruce, and Sharon C. Vogel. <i>A Guide to Canadian Construction Insurance Law</i> . Toronto: Carswell, 2013. ....	57
Ricchetti, Leonard, and Timothy J. Murphy. <i>Construction Law in Canada</i> . Markham, Ont.: LexisNexis, 2010. ....	66
Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. <i>La preuve civile</i> , 4 <sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008. ....	533
Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. <i>Sentencing</i> , 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012. ...	228
Saunders, Brian J., Donald J. Rennie and Graham Garton. <i>Federal Courts Practice 2014</i> . Toronto: Carswell, 2013. ....	644
Scott, Stephen A. “Canadian Federal Courts and the Constitutional Limits of Their Jurisdiction” (1982), 27 <i>McGill L.J./R.D. McGill</i> 137. ....	656
Sharpe, Robert J. “Claiming Privilege in the Discovery Process”, in <i>Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1984 — Law in Transition: Evidence</i> . Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1984, 163. ....	534
Sharpe, Robert J. <i>Injunctions and Specific Performance</i> , loose-leaf ed. Toronto: Canada Law Book, 2015 (updated November 2015, release 24). ....	281
Smith, Lionel. “Can I Change My Mind? Undoing Trustee Decisions” (2008), 27 <i>E.T.P.J.</i> 284. ....	758
<i>Snell’s Equity</i> , 31st ed., by John McGhee, ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. ....	696, 751
<i>Snell’s Equity</i> , 33rd ed., by John McGhee. London: Sweet & Maxwell, 2015. ....	697, 732, 752
Sossin, Lorne. “Empty Ritual, Mechanical Exercise or the Discipline of Deference? Revisiting the Standard of Review in Administrative Law” (2003), 27 <i>Adv. Q.</i> 478. ....	331
Spry, I. C. F. <i>The Principles of Equitable Remedies: Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages</i> , 9th ed. Pyrmont, N.S.W.: Lawbook Co., 2014. ....	696, 751
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014. ....	113, 548, 584
Swan, Angela, and Jakub Adamski. <i>Canadian Contract Law</i> , 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012. ....	728, 751
Uniform Law Conference of Canada. <i>Uniform Class Proceedings Act</i> (1996) (online). ....	181
Vogel, Sharon C. “Recent Developments in Construction Insurance Law”, in Glaholt LLP and Borden Ladner Gervais LLP, <i>Review of Construction Law: Recent Developments</i> . Toronto: Carswell, 2012, 169. ....	66
Waddams, S. M. <i>The Law of Contracts</i> , 6th ed. Toronto: Canada Law Book, 2010. ....	750
Warren, Marilyn. “Open Justice in the Technological Age” (2014), 40 <i>Monash U.L. Rev.</i> 45. ....	197
Wegenast, F. W. <i>The Law of Canadian Companies</i> . Toronto: Carswell, 1979 (reissue of 1931 ed. ....	466
Williams, Neil J. “Discovery of Civil Litigation Trial Preparation in Canada” (1980), 58 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 1. ....	534
World Customs Organization. <i>Explanatory Notes to the Harmonized Commodity Description and Coding System</i> , 5th ed. Brussels: Customs Co-operation Council, 2012. ....	88, 106
Wright, Richard W. “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts” (1988), 73 <i>Iowa L. Rev.</i> 1001. ....	381

**The Corporation of the City  
of Windsor** *Appellant*

v.

**The Canadian Transit Company** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada and  
Federation of Canadian Municipalities**  
*Interveners*

**INDEXED AS: WINDSOR (CITY) v. CANADIAN TRAN-  
SIT CO.**

**2016 SCC 54**

File No.: 36465.

2016: April 21; 2016: December 8.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL

*Courts — Jurisdiction — Federal Court — Relief sought under constitutional law — Company incorporated by federal legislation owning and operating Canadian half of bridge between Canada and United States — Company purchasing residential properties near bridge to facilitate maintenance and expansion — City issuing repair orders against properties pursuant to municipal by-law — Company applying to Federal Court for declarations that it has rights under its incorporating legislation which supersede municipal by-law — Whether Federal Court has jurisdiction to decide whether Company must comply with by-law and repair orders — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 23 — An Act to incorporate The Canadian Transit Company, S.C. 1921, c. 57.*

The Canadian Transit Company owns and operates the Canadian half of the Ambassador Bridge connecting Windsor, Ontario, and Detroit, Michigan. The Company was incorporated in 1921 by *An Act to incorporate The Canadian Transit Company* (the “CTC Act”). The CTC

**The Corporation of the City  
of Windsor** *Appelante*

c.

**The Canadian Transit Company** *Intimée*

et

**Procureur général du Canada et  
Fédération canadienne des municipalités**  
*Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : WINDSOR (CITY) c. CANADIAN TRAN-  
SIT CO.**

**2016 CSC 54**

N° du greffe : 36465.

2016 : 21 avril; 2016 : 8 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Tribunaux — Compétence — Cour fédérale — Réparation demandée sous le régime du droit constitutionnel — Société constituée par une loi fédérale possédant et exploitant la moitié canadienne d'un pont reliant le Canada aux États-Unis — Achat par la Société de propriétés résidentielles situées près du pont en vue de faciliter l'entretien et l'agrandissement du pont — Ordres de réparation des propriétés donnés par la ville aux termes d'un règlement municipal — Société demandant à la Cour fédérale de déclarer que sa loi constitutive lui confère des droits qui l'emportent sur le règlement municipal — La Cour fédérale a-t-elle compétence pour décider si la Société doit se conformer au règlement et aux ordres de réparation? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 23 — Loi constituant en corporation « The Canadian Transit Company », S.C. 1921, c. 57.*

La société The Canadian Transit Company (« Société ») possède et exploite la moitié canadienne du pont Ambassador qui relie les villes de Windsor, en Ontario, et de Detroit, au Michigan. En 1921, la *Loi constituant en corporation « The Canadian Transit Company »* (la « Loi

*Act* empowered the Company to construct, maintain and operate a general traffic bridge across the Detroit River, to purchase, lease or otherwise acquire and hold lands for the bridge, and to construct, erect and maintain buildings and other structures required for the convenient working of traffic to, from and over the bridge. The *CTC Act* also declared the works and undertaking of the Company to be for the general advantage of Canada, triggering federal jurisdiction under the *Constitution Act, 1867*.

The Company has purchased more than 100 residential properties in Windsor with the intention of eventually demolishing the homes and using the land to facilitate maintenance and expansion of the bridge and its facilities. Most of the homes are now vacant and in varying states of disrepair. The City of Windsor issued repair orders against the properties pursuant to a municipal by-law. The Company has not complied with the repair orders. The parties have been engaged in proceedings relating to these repair orders in the Ontario Superior Court of Justice. In addition, the Company applied to the Federal Court for declarations to the effect that it has certain rights under the *CTC Act* which supersede the by-law and the repair orders issued under it. The City moved to strike the Company's notice of application on the ground that the Federal Court lacks jurisdiction to hear the application. The Federal Court struck the Company's notice of application for want of jurisdiction. The Federal Court of Appeal set aside that decision. This appeal deals only with the preliminary issue of whether the Federal Court has jurisdiction to decide whether the Company must comply with the City's by-law and repair orders.

*Held* (Abella, Moldaver, Côté and Brown JJ. dissenting): The appeal should be allowed, the order of the Federal Court of Appeal set aside and the order of the Federal Court striking the Company's notice of application reinstated.

*Per* McLachlin C.J. and Cromwell, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: The Federal Court does not have the jurisdiction to decide whether the City's by-law applies to the Company's residential properties. The issue should be decided by the Ontario Superior Court of Justice.

To decide whether the Federal Court has jurisdiction over a claim, it is necessary to determine the essential nature or character of that claim. Determining the claim's

*sur la CTC* ») a constitué la Société en personne morale. La *Loi sur la CTC* habilitait la Société à construire, entretenir et mettre en service un pont de circulation générale sur la rivière Détroit, à acheter, louer ou autrement acquérir et posséder des terrains pour le pont et à construire, ériger et entretenir des édifices et autres structures nécessaires pour la mise en service convenable du trafic jusqu'au pont, venant du pont, et sur le pont. Aux termes de la *Loi sur la CTC*, les travaux et l'entreprise de la Société ont également été déclarés être d'utilité publique au Canada, ce qui établissait la compétence fédérale conférée par la *Loi constitutionnelle de 1867*.

La Société a fait l'acquisition de plus de 100 propriétés résidentielles à Windsor, dans l'intention de démolir les maisons par la suite et d'utiliser les terrains afin de faciliter l'entretien ainsi que l'agrandissement du pont et de ses installations. La plupart des maisons sont maintenant vacantes et elles sont plus ou moins délabrées. La Ville de Windsor a donné en vertu d'un règlement municipal des ordres de réparation visant ces propriétés. La Société n'a pas obtempéré aux ordres de réparation. Les parties s'affrontent devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans une instance liée à ces ordres de réparation. De plus, la Société a demandé à la Cour fédérale des déclarations suivant lesquelles elle possède, en vertu de la *Loi sur la CTC*, certains droits qui l'emportent sur le règlement ainsi que sur les ordres de réparation donnés sous son régime. La Ville a demandé la radiation de l'avis de demande de la Société, au motif que la Cour fédérale n'a pas compétence pour connaître de la demande. La Cour fédérale a radié l'avis de demande de la Société pour défaut de compétence. La Cour d'appel fédérale a annulé cette décision. Le présent pourvoi ne porte que sur la question préliminaire de savoir si la Cour fédérale a compétence pour décider si la Société doit se conformer au règlement et aux ordres de réparation de la Ville.

*Arrêt* (les juges Abella, Moldaver, Côté et Brown sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel fédérale est annulée et l'ordonnance de la Cour fédérale radiant l'avis de demande de la Société est rétablie.

La juge en chef McLachlin et les juges Cromwell, Karakatsanis, Wagner et Gascon : La Cour fédérale n'est pas compétente pour décider si le règlement de la Ville s'applique aux propriétés résidentielles de la Société. Le litige doit être tranché par la Cour supérieure de justice de l'Ontario.

Afin de décider si la Cour fédérale a compétence sur une demande, il est nécessaire de déterminer la nature ou le caractère essentiel de cette demande. Le fait de

essential nature allows the court to assess whether it falls within the scope of s. 23(c) of the *Federal Courts Act*, which grants jurisdiction to the Federal Court only when a claim for relief has been made, or a remedy has been sought, “under an Act of Parliament or otherwise”. In this case, it is clear that what the Company ultimately seeks is immunity from the requirements of the by-law. The issue is therefore whether the Federal Court has the jurisdiction to decide a claim that a municipal by-law is constitutionally inapplicable or inoperative in relation to a federal undertaking.

The Federal Court has only the jurisdiction it has been conferred by statute: it is a statutory court, without inherent jurisdiction. Accordingly, the language of the *Federal Courts Act* is completely determinative of the scope of the court’s jurisdiction. Parliament established the Federal Court pursuant to its competence, under s. 101 of the *Constitution Act, 1867*, to establish “additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada”. The role of the Federal Court is therefore constitutionally limited to administering federal law. The three-part test for jurisdiction, set out by this Court in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, is designed to ensure the Federal Court does not overstep this limited role. The first part of the test requires that a federal statute grant jurisdiction to the Federal Court. Section 23(c) grants jurisdiction to the Federal Court when “a claim for relief is made or a remedy is sought under an Act of Parliament or otherwise”, that is, when the claimant is seeking relief under federal law. The claimant’s cause of action, or the right to seek relief, must be created or recognized by a federal statute, a federal regulation or a rule of the common law dealing with a subject matter of federal legislative competence. The explicit language of s. 23 of the *Federal Courts Act* requires that the relief be sought under — and not merely in relation to — federal law. Requiring the right to seek relief to arise directly from federal law brings clarity to the scope of the Federal Court’s concurrent jurisdiction. Giving effect to the explicit wording of s. 23 minimizes jurisdictional disputes by ensuring that litigants know the scope of the Federal Court’s jurisdiction in advance. This will avoid unnecessary litigation, including disputes about whether the court should decline to exercise jurisdiction even if it has jurisdiction to hear the matter.

déterminer la nature essentielle de la demande permet au tribunal de décider si celle-ci relève de l’al. 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui confère compétence à la Cour fédérale uniquement à l’égard d’une demande de réparation ou d’un autre recours exercé « sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit ». En l’espèce, il est évident que ce que la Société cherche, en définitive, c’est de se soustraire aux exigences du règlement. La question consiste donc à décider si la Cour fédérale a compétence pour statuer sur une demande alléguant qu’un règlement municipal est constitutionnellement inapplicable ou inopérant à l’égard d’un ouvrage fédéral.

La Cour fédérale possède uniquement la compétence qui lui est conférée par la loi : il s’agit d’une cour d’origine législative qui n’est pas dotée d’une compétence inhérente. En conséquence, c’est le texte de la *Loi sur les Cours fédérales* qui détermine complètement l’étendue de sa compétence. Le Parlement a établi la Cour fédérale en application de la compétence que lui reconnaît l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* d’établir « des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada ». Le rôle de la Cour fédérale se limite donc constitutionnellement à administrer les lois fédérales. Le critère à trois volets déterminatif de la compétence élaboré par la Cour dans l’arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, vise à faire en sorte que la Cour fédérale n’outrepasse pas ce rôle limité. Le premier volet du critère exige qu’une loi fédérale attribue la compétence à la Cour fédérale. L’alinéa 23c) attribue la compétence à la Cour fédérale dans les cas « de demande de réparation ou d’autres recours exercé sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit », soit lorsque le demandeur sollicite une réparation sous le régime du droit fédéral. La cause d’action du demandeur, ou le droit de solliciter une réparation, doit être créé ou reconnu par une loi fédérale, un règlement fédéral ou une règle de common law traitant d’un sujet relevant du pouvoir de légiférer du fédéral. Le texte explicite de l’art. 23 de la *Loi sur les Cours fédérales* exige que la réparation soit demandée sous le régime du droit fédéral, et non simplement relativement au droit fédéral. Exiger que le droit de demander une réparation découle directement du droit fédéral a pour effet de préciser l’étendue de la compétence concurrente de la Cour fédérale. L’application du texte explicite de l’art. 23 minimise les litiges sur des questions de compétence en faisant en sorte que les parties connaissent à l’avance l’étendue de la compétence de la Cour fédérale. On évitera ainsi les litiges inutiles, y compris les différends quant à savoir si le tribunal devrait refuser d’exercer sa compétence à l’égard d’une affaire, même s’il a compétence pour en connaître.

In this case, the Company is not seeking relief “under an Act of Parliament or otherwise”, as required by s. 23(c). The Company is seeking relief under s. 23(c) itself, or alternatively under the *CTC Act*. However, s. 23 is not itself a federal law under which the Company can seek relief. It confers on the Federal Court jurisdiction over certain claims, but does not confer on parties the right to make those claims in the first place. For that right, parties must look to other federal law. Further, although the *CTC Act* confers certain rights and powers (and imposes certain responsibilities) on the Company, it also does not give the Company any kind of right of action or right to seek the relief sought. The Company is in fact seeking relief under constitutional law, because constitutional law confers on parties the right to seek a declaration that a law is inapplicable or inoperative. A party seeking relief under constitutional law is not seeking relief “under an Act of Parliament or otherwise” within the meaning of s. 23; constitutional law cannot be said to be federal law for the purposes of s. 23. Therefore, s. 23(c) does not grant jurisdiction over the Company’s application to the Federal Court and the first part of the *ITO* test for jurisdiction is not met. There is therefore no need to consider whether the second and third parts of the *ITO* test are met. Because the test is not met, it is plain and obvious that the Federal Court lacks jurisdiction to hear the application. The motion to strike the Company’s notice of application in the Federal Court must succeed.

*Per* Moldaver, Côté and Brown JJ. (dissenting): The Federal Court has jurisdiction to hear the Company’s application and the appeal should accordingly be dismissed.

The Federal Court’s jurisdiction should be construed broadly. The Federal Court was designed to achieve two objectives: ensuring that members of the public would have resort to a national court exercising a national jurisdiction when enforcing a claim involving matters which frequently involve national elements, and making it possible for litigants who live in different parts of the country to have a common and convenient forum in which to enforce their legal rights. These purposes are better served by a broad construction of its jurisdiction.

En l’espèce, la Société ne sollicite pas une réparation « sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit » comme l’exige l’al. 23c). Elle demande une réparation sous le régime de l’al. 23c) lui-même ou, subsidiairement, sous le régime de la *Loi sur la CTC*. Toutefois, l’art. 23 ne constitue pas, en soi, une règle de droit fédérale sous le régime de laquelle la Société peut demander réparation. Il confère à la Cour fédérale compétence à l’égard de certaines demandes, mais il n’a pas pour effet de conférer aux parties le droit de présenter ces demandes en premier lieu. Les parties doivent chercher ce droit dans d’autres règles de droit fédérales. En outre, bien que la *Loi sur la CTC* accorde certains droits et pouvoirs à la Société (et lui impose certaines responsabilités), elle ne lui confère aucun droit d’action ou droit de solliciter la réparation demandée. En fait, la Société demande réparation sous le régime du droit constitutionnel, parce que c’est celui-ci qui accorde aux parties le droit de demander une déclaration portant qu’une règle de droit est inapplicable ou inopérante. Une partie sollicitant une réparation sous le régime du droit constitutionnel ne le fait pas « sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit », au sens de l’art. 23; on ne peut affirmer que le droit constitutionnel est de droit fédéral pour l’application de l’art. 23. Par conséquent, l’al. 23c) ne confère pas compétence à la Cour fédérale sur la demande de la Société, et il n’a pas été satisfait au premier volet du critère *ITO*. Point n’est donc besoin d’examiner s’il a été satisfait aux deuxième et troisième volets du critère *ITO*. Étant donné que le critère *ITO* n’a pas été respecté, la Cour fédérale n’a manifestement pas compétence pour entendre la demande. La requête en radiation de l’avis de demande de la Société en Cour fédérale doit être accueillie.

*Les juges* Moldaver, Côté et Brown (dissidents) : La Cour fédérale a compétence pour entendre la demande de la Société et, en conséquence, le pourvoi devrait être rejeté.

La compétence de la Cour fédérale devrait être interprétée largement. La Cour fédérale a été créée pour atteindre deux objectifs : faire en sorte que les particuliers puissent recourir à une cour nationale exerçant une compétence nationale, pour faire valoir une réclamation concernant des questions qui comportent souvent des éléments nationaux, et permettre aux plaideurs qui demeurent dans des régions éloignées l’une de l’autre de trouver là un forum commun et commode pour faire valoir leurs droits légitimes. Une interprétation large de la compétence de la Cour fédérale favorise davantage la réalisation de ces objectifs.

There is no need to characterize the essential nature of the case as a preliminary step in the analysis of jurisdiction. The test established in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, provides a comprehensive framework of analysis for determining whether the Federal Court has jurisdiction. What matters is only whether there is a statutory grant of jurisdiction, whether federal law is essential to the disposition of the case, and whether the law is validly federal. The essential nature of the case is not relevant to whether the Federal Court has jurisdiction, but to whether it should exercise it. There may be cases in which — despite the *ITO* test being met — the Federal Court should consider declining jurisdiction.

The three branches of the *ITO* test are met in this case. First, s. 23(c) of the *Federal Courts Act* provides the necessary statutory grant of jurisdiction. The three crucial elements for s. 23(c) to amount to the required statutory grant of jurisdiction under the first branch of the *ITO* test are present here: the Company has claimed relief, its claim is in relation to a work or undertaking extending beyond the limits of a province, and the claim was made “under an Act of Parliament or otherwise in relation to” this international work or undertaking.

Requiring a federal statute to expressly create a cause of action before jurisdiction may be founded “under an Act of Parliament” within the meaning of s. 23 is unduly narrow and inconsistent with Parliament’s intent in creating the Federal Court. Section 23 should be construed broadly to ensure that, if the claim for relief is related to a federal work or undertaking and the rights being enforced arise from an Act of Parliament, the claimants may approach the Federal Court. In this case, the rights the Company seeks to enforce are sourced in two separate Acts of Parliament, both of which are essential to the ultimate relief sought by the Company: the *CTC Act* and the *International Bridges and Tunnels Act*. As such, since the claim for relief is related to a federal work or undertaking and the rights that the claimant seeks to enforce arise from Acts of Parliament, s. 23(c) confers a statutory grant of jurisdiction on the Federal Court.

The *CTC Act* also satisfies the second branch of the *ITO* test: it is essential to the disposition of this case and it nourishes the statutory grant of the Federal Court’s jurisdiction, because it is central to the constitutional claim. The declarations sought by the Company in the

Il n’est pas nécessaire de qualifier l’essence de l’affaire à l’étape préliminaire de l’analyse de la compétence. Le critère établi dans *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, fournit un cadre d’analyse complet afin de déterminer si la Cour fédérale a compétence. Ce qui importe, c’est seulement de savoir s’il existe une attribution législative de compétence, si le droit fédéral est essentiel à la solution du litige et si la loi en cause est une loi fédérale valide. L’essence de l’affaire n’est pas pertinente lorsqu’il s’agit de savoir si la Cour fédérale a compétence, mais elle l’est lorsqu’il s’agit de savoir si elle devrait l’exercer. Il peut se présenter des affaires dans lesquelles — même si le critère *ITO* est respecté — la Cour fédérale devrait envisager la possibilité de refuser d’exercer sa compétence.

Il a été satisfait aux trois volets du critère *ITO* en l’espèce. Premièrement, l’al. 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit l’attribution législative de compétence nécessaire. Les trois éléments cruciaux pour que l’al. 23c) exprime l’attribution législative de compétence requise au titre du premier volet du critère *ITO* sont présents en l’espèce : la Société a demandé une réparation, sa demande est relative à un ouvrage s’étendant au-delà des limites d’une province, et la demande a été présentée « sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit en matière » de cet ouvrage international.

Le fait d’exiger qu’une loi fédérale crée expressément une cause d’action avant de conclure à l’existence de la compétence « sous le régime d’une loi fédérale » au sens de l’art. 23 constitue une interprétation indûment étroite et incompatible avec l’intention du législateur lorsqu’il a institué la Cour fédérale. L’article 23 devrait recevoir une interprétation large de sorte que les demandeurs puissent s’adresser à la Cour fédérale si la demande de réparation a trait à un ouvrage fédéral et les droits que l’on veut faire respecter découlent d’une loi fédérale. En l’espèce, les droits que la Société vise à faire respecter proviennent de deux lois fédérales distinctes, les deux étant essentielles à l’égard de la réparation ultime qu’elle recherche : la *Loi sur la CTC* et la *Loi sur les ponts et tunnels internationaux*. Ainsi, puisque la demande de réparation est liée à un ouvrage fédéral et que les droits que le demandeur cherche à faire respecter découlent de lois fédérales, l’al. 23c) confère compétence à la Cour fédérale.

La *Loi sur la CTC* satisfait aussi au deuxième volet du critère *ITO* : elle est essentielle à la solution du présent litige et elle constitue le fondement de l’attribution législative de compétence à la Cour fédérale parce qu’elle est au cœur de la demande fondée sur la Constitution. Les

Federal Court make it clear that the dispute is generally concerned with the *CTC Act* and federal jurisdiction over federal works and undertakings, pursuant to the *Constitution Act, 1867*. Two interrelated questions are at the heart of this dispute, both of which are intimately tied to the *CTC Act*: whether the properties purchased by the Company form part of the “federal work or undertaking” of the Ambassador Bridge, and, if so, whether those properties are immune from the municipal by-law based on the doctrine of interjurisdictional immunity. Resolving these constitutional questions primarily entails interpreting the *CTC Act*. The *CTC Act* thus plays an essential role in the outcome of this case. As for the third branch of the *ITO* test, it is also satisfied since there is no dispute in this case that the *CTC Act* is valid federal law.

As all three branches of the *ITO* test are met in this case, the Federal Court has jurisdiction to hear the Company’s application. It remains for the Federal Court to decide whether it should exercise its jurisdiction to hear the Company’s application, or decline to do so in favour of the Superior Court of Justice. In deciding whether to exercise its jurisdiction, the Federal Court should consider whether the Company has an adequate and effective recourse in a forum in which litigation is already taking place, expeditiousness, and the economical use of judicial resources. In the present circumstances, there may be good reason for the Federal Court to decline to hear the Company’s application.

*Per* Abella J. (dissenting): The appeal should be dismissed in part and a stay of the Federal Court proceedings should be entered. This Court’s test in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, has been met. However, notwithstanding that the Federal Court has concurrent jurisdiction with the Ontario Superior Court of Justice, it should not exercise it in this case. Both the Canadian Transit Company and the City appealed orders of the Property Standards Committee to the Ontario Superior Court. Rather than wait for the outcome of the appeals before the Superior Court, the Company sought to activate the Federal Court’s intervention.

It cannot be seriously contested that the issues raised by the Company in its Federal Court application can be resolved in the context of the parties’ ongoing litigation before the Superior Court. The result of the Company diverting the course of the proceedings into a jurisdictional

déclarations que sollicite la Société en Cour fédérale établissent clairement que le litige fait généralement intervenir la *Loi sur la CTC* ainsi que la compétence fédérale sur les ouvrages fédéraux, conformément à la *Loi constitutionnelle de 1867*. Deux questions interreliées sont au cœur du présent litige, et les deux se rapportent intimement à la *Loi sur la CTC* : celle de savoir si les propriétés achetées par la Société font partie de l’« ouvrage fédéral » que constitue le pont Ambassador, et, dans l’affirmative, celle de savoir si ces propriétés sont soustraites à l’application du règlement municipal sur le fondement de la doctrine de l’exclusivité des compétences. Pour résoudre ces questions constitutionnelles, il faut principalement interpréter la *Loi sur la CTC*. Ainsi, cette loi joue un rôle essentiel dans l’issue de cette affaire. Il est également satisfait au troisième volet du critère *ITO* puisqu’il ne fait aucun doute en l’espèce que la *Loi sur la CTC* est une loi fédérale valide.

Puisqu’il a été satisfait aux trois volets du critère *ITO* en l’espèce, la Cour fédérale a compétence à l’égard de la demande de la Société. Il reste à la Cour fédérale à décider si elle doit exercer sa compétence pour entendre la demande de la Société, ou refuser de le faire en faveur de la Cour supérieure de justice. En décidant d’exercer ou non sa compétence, la Cour fédérale devrait examiner si la Société a un recours adéquat et efficace devant un tribunal déjà saisi du litige, la célérité, et l’utilisation économique des ressources judiciaires. Dans les circonstances en l’espèce, la Cour fédérale peut avoir un bon motif de refuser d’entendre la demande de la Société.

*La juge* Abella (dissidente) : Le pourvoi devrait être rejeté en partie et la suspension des procédures en Cour fédérale devrait être ordonnée. Le critère établi par notre Cour dans *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, a été respecté. Toutefois, même si la Cour fédérale possède une compétence concurrente à celle de la Cour supérieure de justice de l’Ontario, elle ne devrait pas l’exercer en l’espèce. La société The Canadian Transit Company (« Société ») et la Ville ont toutes deux interjeté appel des ordonnances du Property Standards Committee devant la Cour supérieure de l’Ontario. Au lieu d’attendre l’issue des appels interjetés devant la Cour supérieure, la Société a voulu activer l’intervention de la Cour fédérale.

On ne peut sérieusement contester le fait que les questions soulevées par la Société dans la demande introduite en Cour fédérale peuvent être résolues dans le cadre du litige opposant les parties devant la Cour supérieure. Le résultat de la diversion, par la Société, du cours

side-show is obvious — additional expense and delay in aid of nothing except avoiding a determination of the merits for as long as possible. To date, that jurisdictional diversion has cost the public a delay of three years. There is no basis for further delaying the Superior Court proceedings. In the words of the Federal Court’s rules, it is neither “just” nor “expeditious” for it to weigh in on these proceedings, needlessly complicating and extending them. Remitting the matter to the Federal Court to reach the irresistible conclusion that a stay is warranted adds needlessly to the expense and delay.

### Cases Cited

By Karakatsanis J.

**Applied:** *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752; *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; **distinguished:** *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713; **referred to:** *Hodgson v. Ermineskin Indian Band* (2000), 180 F.T.R. 285; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557; *Sifto Canada Corp. v. Minister of National Revenue*, 2014 FCA 140, 461 N.R. 184; *Domtar Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 218, 392 N.R. 200; *Roitman v. Canada*, 2006 FCA 266, 353 N.R. 75; *Canadian Pacific Railway v. R.*, 2013 FC 161, [2014] 1 C.T.C. 223; *Verdicchio v. R.*, 2010 FC 117, [2010] 3 C.T.C. 80; *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 695; *Consolidated Distilleries, Ltd. v. The King*, [1933] A.C. 508; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Québec Téléphone v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1972] S.C.R. 182; *Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331; *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1975] 1 S.C.R. 228; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; *Norrail Transport Inc. v. Canadian Pacific Ltd.* (1998), 154 F.T.R. 161; *Prudential Assurance Co. v. Canada*, [1993] 2 F.C. 293; *Bensol Customs Brokers Ltd. v. Air Canada*, [1979] 2 F.C. 575; *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *The Queen v. Montreal Urban Community Transit Commission*, [1980] 2 F.C. 151; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *R.*

de l’instance par cette distraction de nature juridictionnelle est évident — des coûts et délais additionnels qui n’aident en rien si ce n’est à repousser le plus longtemps possible une décision sur le fond. Jusqu’à maintenant, cette manœuvre de diversion juridictionnelle a coûté trois ans de délais au public. Rien ne justifie de retarder davantage l’instance devant la Cour supérieure. Aux termes des règles de la Cour fédérale, il n’est ni « juste » ni « expéditif » que la Cour fédérale se prononce sur ces procédures en les compliquant et les prolongeant inutilement. Renvoyer l’affaire à la Cour fédérale pour qu’elle arrive à la conclusion irrésistible qu’une suspension de l’instance s’impose ne fait qu’ajouter des dépenses et prolonger les délais inutilement.

### Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

**Arrêts appliqués :** *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054; **distinction d’avec l’arrêt :** *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713; **arrêts mentionnés :** *Hodgson c. Bande indienne d’Ermineskin n° 942*, 2000 CanLII 15066; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557; *Canada (Revenu national) c. Sifto Canada Corp.*, 2014 CAF 140; *Canada c. Domtar Inc.*, 2009 CAF 218; *Canada c. Roitman*, 2006 CAF 266; *Canadian Pacific Railway c. R.*, 2013 CF 161, [2014] 1 C.T.C. 223; *Verdicchio c. Canada*, 2010 CF 117; *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 695; *Consolidated Distilleries, Ltd. c. The King*, [1933] A.C. 508; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Québec Téléphone c. Compagnie de Téléphone Bell du Canada*, [1972] R.C.S. 182; *Ontario c. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331; *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; *Norrail Transport Inc. c. Canadien Pacifique Ltée*, 1998 CanLII 7641; *Prudential Assurance Co. c. Canada*, [1993] 2 C.F. 293; *Bensol Customs Brokers Ltd. c. Air Canada*, [1979] 2 C.F. 575; *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *La Reine c. Commission de transport de la Communauté urbaine de Montréal*, [1980] 2 C.F. 151; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*,

v. *Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588.

By Moldaver and Brown JJ. (dissenting)

*ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626; *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585; *Bensol Customs Brokers Ltd. v. Air Canada*, [1979] 2 F.C. 575; *Canadian Pacific Ltd. v. United Transportation Union*, [1979] 1 F.C. 609; *Federal Liberal Agency of Canada v. CTV Television Network Ltd.*, [1989] 1 F.C. 319; *Pacific Western Airlines Ltd. v. The Queen*, [1979] 2 F.C. 476; *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec v. Canada (National Battlefields Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 838; *Rhine v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 442; *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713.

By Abella J. (dissenting)

*ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752; *Coote v. Lawyers' Professional Indemnity Co.*, 2013 FCA 143; *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to incorporate The Canadian Transit Company*, S.C. 1921, c. 57, ss. 2, 8.  
*Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11, s. 1.  
*Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, s. 116(5).  
*Carriage by Air Act*, R.S.C. 1985, c. C-26.  
*Constitution Act, 1867*, ss. 91, 92(10)(a), (c), (14), 96, 100, 101.  
*Constitution Act, 1982*, ss. 38 to 49, 52.  
*Exchequer Court Act*, R.S.C. 1970, c. E-11, ss. 17 to 30.  
*Federal Court Act*, S.C. 1970-71-72, c. 1 [reproduced in R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.)].  
*Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 2 “relief”, 3, 4, 18, 23, 50(1).  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 3, 221(1)(a).  
*Highway Traffic Act*, R.S.O. 1990, c. H.8.  
*International Bridges and Tunnels Act*, S.C. 2007, c. 1, s. 5.

[1990] 3 R.C.S. 570; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588.

Citée par les juges Moldaver et Brown (dissidents)

*ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; *Bensol Customs Brokers Ltd. c. Air Canada*, [1979] 2 C.F. 575; *Canadien Pacifique Ltée c. Travailleurs unis des transports*, [1979] 1 C.F. 609; *Agence libérale fédérale du Canada c. CTV Television Network Ltd.*, [1989] 1 C.F. 319; *Pacific Western Airlines Ltd. c. La Reine*, [1979] 2 C.F. 476; *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*, [1990] 2 R.C.S. 838; *Rhine c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 442; *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713.

Citée par la juge Abella (dissidente)

*ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Coote c. Lawyers' Professional Indemnity Co.*, 2013 CAF 143; *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713.

### Lois et règlements cités

*Acte de la Cour Suprême et de l'Échiquier*, S.C. 1875, c. 11.  
*Code de la route*, L.R.O. 1990, c. H.8.  
*Loi constituant en corporation « The Canadian Transit Company »*, S.C. 1921, c. 57, art. 2, 8.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91, 92(10)(a), (c), (14), 96, 100, 101.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 38 à 49, 52.  
*Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, art. 1.  
*Loi sur la Cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1970, c. E-11, art. 17 à 30.  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.C. 1970-71-72, c. 1 [reproduite dans S.R.C. 1970, c. 10 (2<sup>e</sup> suppl.)].  
*Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. 1985, c. R-2, art. 18(1).  
*Loi sur le transport aérien*, L.R.C. 1985, c. C-26.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 2 « réparation », 3, 4, 18, 23, 50(1).

*Property Standards By-law*, City of Windsor By-law No. 147-2011, September 6, 2011.

*Radiocommunication Act*, R.S.C. 1985, c. R-2, s. 18(1).

*Supreme and Exchequer Court Act*, S.C. 1875, c. 11.

#### Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. V, 2nd Sess., 28th Parl., March 25, 1970, p. 5473.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2015, release 1).

Saunders, Brian J., Donald J. Rennie and Graham Garton. *Federal Courts Practice 2014*. Toronto: Carswell, 2013.

Scott, Stephen A. “Canadian Federal Courts and the Constitutional Limits of Their Jurisdiction” (1982), 27 *McGill L.J.* 137.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Dawson, Stratas and Scott JJ.A.), 2015 FCA 88, [2016] 1 F.C.R. 265, 384 D.L.R. (4th) 547, 472 N.R. 361, 98 Admin. L.R. (5th) 181, [2015] F.C.J. No. 383 (QL), 2015 CarswellNat 816 (WL Can.), setting aside a decision of Shore J., 2014 FC 461, 455 F.T.R. 154, [2014] F.C.J. No. 495 (QL), 2014 CarswellNat 1598 (WL Can.). Appeal allowed, Abella, Moldaver, Côté and Brown JJ. dissenting.

*Christopher J. Williams, Courtney V. Raphael and Jody E. Johnson*, for the appellant.

*John B. Laskin and James Gotowiec*, for the respondent.

*Sean Gaudet and Marc Ribeiro*, for the intervenor the Attorney General of Canada.

*Stéphane Émard-Chabot and Marie-France Major*, for the intervenor the Federation of Canadian Municipalities.

*Loi sur les ponts et tunnels internationaux*, L.C. 2007, c. 1, art. 5.

*Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, c. 10, art. 116(5).

*Property Standards By-law*, City of Windsor By-law No. 147-2011, 6 septembre 2011.

*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 3, 221(1)a).

#### Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 2<sup>e</sup> sess., 28<sup>e</sup> lég., 25 mars 1970, p. 5473.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto, Carswell, 2007 (updated 2015, release 1).

Saunders, Brian J., Donald J. Rennie and Graham Garton. *Federal Courts Practice 2014*, Toronto, Carswell, 2013.

Scott, Stephen A. « Canadian Federal Courts and the Constitutional Limits of Their Jurisdiction » (1982), 27 *R.D. McGill* 137.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Dawson, Stratas et Scott), 2015 CAF 88, [2016] 1 R.C.F. 265, 384 D.L.R. (4th) 547, 472 N.R. 361, 98 Admin. L.R. (5th) 181, [2015] A.C.F. n° 383 (QL), 2015 CarswellNat 4835 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Shore, 2014 CF 461, 455 F.T.R. 154, [2014] A.C.F. n° 495 (QL), 2014 CarswellNat 2223 (WL Can.). Pourvoi accueilli, les juges Abella, Moldaver, Côté et Brown sont dissidents.

*Christopher J. Williams, Courtney V. Raphael et Jody E. Johnson*, pour l’appelante.

*John B. Laskin et James Gotowiec*, pour l’intimée.

*Sean Gaudet et Marc Ribeiro*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

*Stéphane Émard-Chabot et Marie-France Major*, pour l’intervenante la Fédération canadienne des municipalités.

The judgment of McLachlin C.J. and Cromwell, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. was delivered by

KARAKATSANIS J. —

### I. Introduction

[1] The Canadian Transit Company owns and operates the Canadian half of the Ambassador Bridge connecting Windsor, Ontario, and Detroit, Michigan. Over the past decade the Company has purchased more than 100 residential properties in Windsor with the intention of eventually demolishing the homes and using the land to facilitate maintenance and expansion of the bridge and its facilities. Most of the homes are now vacant and, according to the City of Windsor, in varying states of disrepair. The City regards them as a blight on the Olde Sandwich Towne neighbourhood and, pursuant to its by-laws, has issued more than 100 repair orders against the properties.

[2] The Company has not complied with the repair orders, claiming that the Ambassador Bridge is a federal undertaking and the City's by-laws and repair orders cannot constitutionally apply to it. The parties have been engaged in proceedings relating to those repair orders in the Ontario Superior Court of Justice. The Company has also sought a number of declarations from the Federal Court.

[3] This appeal deals only with the preliminary issue of whether the Federal Court has jurisdiction to decide whether the Company must comply with the City's by-laws and repair orders. The City says only the Ontario Superior Court of Justice has jurisdiction to settle the issue.

[4] I agree with the City: the Federal Court does not have jurisdiction to decide whether the City's by-laws apply to the Company's residential

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Cromwell, Karakatsanis, Wagner et Gascon rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

### I. Introduction

[1] The Canadian Transit Company (« Société ») possède et exploite la moitié canadienne du pont Ambassador qui relie les villes de Windsor, en Ontario, et de Detroit, au Michigan. Au cours de la dernière décennie, la Société a fait l'acquisition de plus de 100 propriétés résidentielles à Windsor, dans l'intention de démolir les maisons par la suite et d'utiliser les terrains afin de faciliter l'entretien ainsi que l'agrandissement du pont et de ses installations. La plupart des maisons sont maintenant vacantes et, selon la City of Windsor (« Ville de Windsor » ou « Ville »), elles sont plus ou moins délabrées. La Ville considère que ces maisons enlaidissent le quartier Olde Sandwich Towne, et elle a donné, en vertu de ses règlements, plus de 100 ordres de réparation visant ces propriétés.

[2] La Société n'a pas obtempéré aux ordres de réparation, affirmant que le pont Ambassador est un ouvrage fédéral et que les règlements et les ordres de réparation de la Ville ne peuvent, au regard de la Constitution, s'appliquer au pont. Les parties s'affrontent devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans une instance liée à ces ordres de réparation. La Société a également sollicité un certain nombre de déclarations devant la Cour fédérale.

[3] Le présent pourvoi ne porte que sur la question préliminaire de savoir si la Cour fédérale a compétence pour décider si la Société doit se conformer aux règlements et aux ordres de réparation de la Ville. Celle-ci affirme que seule la Cour supérieure de justice de l'Ontario est compétente pour trancher le litige.

[4] Je souscris à la position de la Ville : la Cour fédérale n'est pas compétente pour décider si les règlements de la Ville s'appliquent aux propriétés

properties. Rather, the issue must be decided by the Ontario Superior Court of Justice. I would allow the appeal.

## II. Facts

[5] The Canadian Transit Company was incorporated in 1921 by a special Act of Parliament, *An Act to incorporate The Canadian Transit Company*, S.C. 1921, c. 57 (*CTC Act*). Subject to certain other enactments, the *CTC Act* empowered the Company to “construct, maintain and operate a . . . general traffic bridge across the Detroit river . . . with all necessary approaches, terminal facilities, machinery and appurtenances” and to “purchase, lease or otherwise acquire and hold lands for the bridge . . . and construct and erect and maintain buildings and other structures required for the convenient working of traffic to, from and over the said bridge” (s. 8(a) and (e)). The *CTC Act* also declared the “works and undertaking” of the Company to be for the general advantage of Canada (s. 2), triggering federal jurisdiction under ss. 92(10)(c) and 91(29) of the *Constitution Act, 1867*.

[6] The Ambassador Bridge opened in 1929. As of July 2010, approximately one quarter of all surface trade between Canada and the United States passed over it.

[7] Between 2004 and 2013, the Company purchased 114 residential properties in Windsor to the immediate west of the bridge, intending eventually to demolish the homes and use the land to facilitate maintenance and expansion of the bridge and its associated facilities.

[8] These purchases have been a source of considerable tension between the Company and the City of Windsor. The City believes the Company has abandoned and neglected the properties and they have become a blight on the Olde Sandwich Towne neighbourhood.

résidentielles de la Société. Le litige doit plutôt être tranché par la Cour supérieure de justice de l’Ontario. J’accueillerais le pourvoi.

## II. Les faits

[5] The Canadian Transit Company a été constituée en personne morale en 1921, par une loi spéciale du Parlement, la *Loi constituant en corporation « The Canadian Transit Company »*, S.C. 1921, c. 57 (« *Loi sur la CTC* »). Sous réserve de certains autres textes de loi, la *Loi sur la CTC* habilitait la Société à « construire, entretenir et mettre en service un pont [. . .] de circulation générale sur la rivière Détroit [. . .] ainsi que tous les abords, moyens d’exploitation de tête de ligne, machineries et accessoires nécessaires » et à « acheter, louer ou autrement acquérir et posséder des terrains pour le pont [. . .] et construire et ériger et entretenir des édifices et autres structures nécessaires pour la mise en service convenable du trafic jusqu’au pont, venant du pont, et sur le pont » (al. 8(a) et (e)). Aux termes de la *Loi sur la CTC*, « [l]es travaux et l’entreprise » de la Société ont également été déclarés être d’utilité publique au Canada (art. 2), ce qui établissait la compétence fédérale conférée par l’al. 92(10)(c) et le par. 91(29) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[6] Le pont Ambassador a été inauguré en 1929. Au mois de juillet 2010, un quart environ de tout le commerce terrestre entre le Canada et les États-Unis passait sur ce pont.

[7] De 2004 à 2013, la Société a acquis 114 propriétés résidentielles à Windsor, juste à l’ouest du pont, en vue de démolir les maisons par la suite et d’utiliser les terrains pour faciliter l’entretien ainsi que l’agrandissement du pont et de ses installations connexes.

[8] Ces acquisitions sont à l’origine de tensions considérables entre la Société et la Ville de Windsor. Cette dernière estime que la Société a abandonné et négligé les propriétés, et que celles-ci enlaidissent maintenant le quartier Olde Sandwich Towne.

[9] In September 2013, the City issued repair orders against all 114 properties pursuant to its *Property Standards By-law*, City of Windsor By-law No. 147-2011. The Company appealed the repair orders to the Property Standards Committee, with mixed success: the Committee decided that the Company could demolish 83 homes but deferred decision on the remaining 31 properties pending further negotiation between the parties. On further appeal by the City, the Committee upheld the City's original repair orders for the 31 properties.

[10] The Company and the City both appealed the Committee's decisions to the Ontario Superior Court of Justice.

[11] The Company also applied to the Federal Court, with notice to the City, for declarations to the effect that the Company has certain rights under the *CTC Act* which supersede the By-law and any repair orders issued under it.

[12] Pursuant to r. 221(1)(a) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, the City moved to strike the Company's notice of application on the ground that the Federal Court lacks jurisdiction to hear the application.

[13] By agreement between the parties, the Ontario Superior Court of Justice appeals have been held in abeyance pending determination of the Federal Court motion to strike.

### III. Statutory Provisions

[14] The Federal Court was established by Parliament under s. 101 of the *Constitution Act, 1867*, which provides as follows:

**101.** The Parliament of Canada may, notwithstanding anything in this Act, from Time to Time provide for the Constitution, Maintenance, and Organization of a General Court of Appeal for Canada, and for the Establishment of

[9] En septembre 2013, la Ville a donné des ordres de réparation visant l'ensemble des 114 propriétés, en vertu de son règlement 147-2011 intitulé *Property Standards By-law* (« Règlement »). La Société a interjeté appel à l'encontre des ordres de réparation devant le Property Standards Committee (« Comité »), obtenant un succès relatif : le Comité a décidé que la Société pouvait démolir 83 maisons, mais il a reporté sa décision à l'égard des 31 autres propriétés, pendant la poursuite des négociations entre les parties. À l'issue d'un appel interjeté ensuite par la Ville, le Comité a maintenu les ordres de réparation initiaux de la Ville visant ces 31 propriétés.

[10] Tant la Société que la Ville ont fait appel de la décision du Comité devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario.

[11] La Société a également demandé à la Cour fédérale des déclarations suivant lesquelles la Société possédait, en vertu de la *Loi sur la CTC*, certains droits qui l'emportaient sur le Règlement ainsi que sur tout ordre de réparation donné sous son régime, et elle a notifié la Ville de la présentation de cette demande.

[12] La Ville a déposé, en vertu de l'al. 221(1)a) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, une requête en radiation de l'avis de demande de la Société, au motif que la Cour fédérale n'a pas compétence pour connaître de la demande.

[13] Du consentement des parties, les appels devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario ont été suspendus en attendant la décision de la Cour fédérale sur la requête en radiation.

### III. Dispositions législatives

[14] Le Parlement a constitué la Cour fédérale en vertu de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, lequel prévoit ce qui suit :

**101.** Le parlement du Canada pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale

any additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada.

[15] Pursuant to this constitutional authority, Parliament created the Federal Court “for the better Administration of the Laws of Canada” in 1971 (*Federal Court Act*, R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.)). Federal court jurisdiction is now governed by the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7.

[16] The provision at the heart of this appeal is s. 23(c) of the *Federal Courts Act*, on which the Company relies to establish the jurisdiction of the Federal Court:

**23** Except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned, the Federal Court has concurrent original jurisdiction, between subject and subject as well as otherwise, in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under an Act of Parliament or otherwise in relation to any matter coming within any of the following classes of subjects:

(c) works and undertakings connecting a province with any other province or extending beyond the limits of a province.

[17] The *Federal Courts Act* defines “relief” to include “every species of relief, whether by way of damages, payment of money, injunction, declaration, restitution of an incorporeal right, return of land or chattels or otherwise” (s. 2).

#### IV. Decisions Below

A. *Federal Court*, 2014 FC 461, 455 F.T.R. 154 — *Shore J.*

[18] Shore J. observed that the Company is not challenging a specific decision of a federal body, as is normally the case in the Federal Court. He stated that the Company is effectively seeking a legal opinion — i.e., declarations about the applicability of the *CTC Act* — and concluded the Federal Court does not have the authority to grant such a remedy.

d’appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada.

[15] En application de ce pouvoir constitutionnel, le Parlement a créé en 1971 la Cour fédérale « pour la meilleure administration des lois du Canada » (*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, c. 10 (2<sup>e</sup> suppl.)). La compétence de la Cour fédérale est maintenant régie par la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7.

[16] La disposition au cœur du présent pourvoi est l’al. 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales*, sur lequel s’appuie la Société pour établir la compétence de la Cour fédérale :

**23** Sauf attribution spéciale de cette compétence par ailleurs, la Cour fédérale a compétence concurrente, en première instance, dans tous les cas — opposant notamment des administrés — de demande de réparation ou d’autre recours exercé sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit en matière :

c) d’ouvrages reliant une province à une autre ou s’étendant au-delà des limites d’une province.

[17] Dans la *Loi sur les Cours fédérales*, le mot « réparation » est défini comme étant « [t]oute forme de réparation en justice, notamment par voie de dommages-intérêts, de compensation pécuniaire, d’injonction, de déclaration, de restitution de droit incorporel, de bien meuble ou immeuble » (art. 2).

#### IV. Décisions des juridictions inférieures

A. *La Cour fédérale*, 2014 CF 461 — *le juge Shore*

[18] Le juge Shore a fait observer que la Société ne conteste pas une décision particulière d’un organisme fédéral, comme c’est normalement le cas devant la Cour fédérale. Il a déclaré que la Société sollicite en fait un avis juridique — c’est-à-dire des déclarations au sujet de l’applicabilité de la *Loi sur la CTC* — et il a conclu que la Cour fédérale

Shore J. held that s. 23(c) of the *Federal Courts Act* merely confers on the Federal Court jurisdiction over certain proceedings: it does not grant any right of appeal or judicial review to any person, nor does it give the Federal Court the authority to give a purely declaratory remedy. Accordingly, Shore J. struck the Company's notice of application for want of jurisdiction.

B. *Federal Court of Appeal, 2015 FCA 88, [2016] 1 F.C.R. 265 — Dawson, Stratas and Scott J.J.A.*

[19] Stratas J.A., writing for the court, applied the three-pronged test for determining whether the Federal Court has jurisdiction set out by this Court in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at p. 766. He noted that, under the *ITO* test, the Federal Court has jurisdiction when (1) a statute grants jurisdiction to the court, (2) federal law nourishes the grant of jurisdiction and is essential to the disposition of the case, and (3) that federal law is constitutionally valid.

[20] With respect to the statutory grant of jurisdiction, the Federal Court of Appeal concluded that s. 23(c) grants jurisdiction to the Federal Court, empowering parties to seek a declaration “in relation to . . . works and undertakings connecting a province with any other province or extending beyond the limits of a province” (para. 27). Here, the Company is seeking declarations in relation to the Ambassador Bridge, which extends beyond the limits of Ontario.

[21] As to the second part of the *ITO* test, “sufficient” federal law is at issue because the Federal Court will have to determine whether the residential properties are part of the works and undertakings regulated by the *CTC Act* — a federal statute — and the extent to which the *CTC Act* itself regulates conflicts between the Company and the City.

n'avait pas le pouvoir d'accorder une telle réparation. Le juge Shore a statué que l'al. 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales* confère simplement à la Cour fédérale une compétence à l'égard de certaines procédures : cette disposition n'accorde à personne un droit d'appel ou de contrôle judiciaire, et n'autorise pas la Cour fédérale à rendre un jugement purement déclaratoire. Il a en conséquence radié l'avis de demande de la Société pour défaut de compétence.

B. *La Cour d'appel fédérale, 2015 CAF 88, [2016] 1 R.C.F. 265 — les juges Dawson, Stratas et Scott*

[19] Pour trancher la question de savoir si la Cour fédérale a compétence, le juge Stratas, qui a rédigé la décision de la cour, a appliqué le critère à trois volets établi par notre Cour dans *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, p. 766. Il a fait remarquer que, selon ce critère, la Cour fédérale a compétence quand il est satisfait aux trois volets suivants : (1) une loi lui attribue compétence; (2) le droit fédéral constitue le fondement de l'attribution de sa compétence et est essentiel à la solution du différend; et (3) la loi fédérale est constitutionnellement valide.

[20] Pour ce qui est de l'attribution législative de compétence, la Cour d'appel fédérale a conclu que l'al. 23c) confère compétence à la Cour fédérale et habilite des parties à demander une déclaration « en matière [. . .] d'ouvrages reliant une province à une autre ou s'étendant au-delà des limites d'une province » (par. 27). En l'espèce, la Société sollicite des déclarations relativement au pont Ambassador, lequel s'étend au-delà des limites de l'Ontario.

[21] Quant au deuxième volet du critère *ITO*, la Cour d'appel fédérale a statué que le droit fédéral joue un « rôle suffisant » parce que la Cour fédérale devra décider si les propriétés résidentielles font partie des ouvrages régis par la *Loi sur la CTC* — une loi fédérale — et dans quelle mesure la *Loi sur la CTC* elle-même régit les conflits entre la Société et la Ville.

[22] Finally, the *CTC Act* is constitutionally valid. Thus, the Federal Court of Appeal concluded that all three parts of the *ITO* test are met and the Federal Court has jurisdiction.

[23] During oral argument the Federal Court of Appeal raised an additional issue which had not been considered by Shore J. at first instance: whether the Federal Court has the remedial power, when the *ITO* test is met, to declare a law inapplicable by the constitutional doctrine of interjurisdictional immunity or inoperative by the doctrine of paramountcy. This issue is discussed at some length in the reasons; the court ultimately concluded that the Federal Court has the power to make constitutional declarations about the validity, applicability and operability of legislation.

#### V. Analysis

[24] The sole issue is whether the Federal Court has jurisdiction under the *ITO* test to hear the Company's application. If it is plain and obvious that the Federal Court lacks jurisdiction to hear this application, the motion to strike must succeed (*Hodgson v. Ermineskin Indian Band* (2000), 180 F.T.R. 285). First, I identify the essential nature of the Company's claim. I then review the role and jurisdiction of the Federal Court before applying the *ITO* test for jurisdiction. Given my conclusion that the Federal Court does not have jurisdiction to hear this matter, it is unnecessary to address the issue of whether the court should decline to exercise jurisdiction.

##### A. *Essential Nature of the Company's Claim*

[25] In order to decide whether the Federal Court has jurisdiction over a claim, it is necessary to determine the essential nature or character of that claim (*JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v.*

[22] Enfin, la Cour d'appel fédérale a jugé que la *Loi sur la CTC* est constitutionnellement valide. La cour a donc conclu qu'il avait été satisfait aux trois volets du critère *ITO* et que la Cour fédérale avait compétence.

[23] Au cours des plaidoiries, la Cour d'appel fédérale a soulevé une question additionnelle, que le juge Shore n'avait pas examinée en première instance : celle de savoir si, dans les cas où il est satisfait aux trois volets du critère *ITO*, la Cour fédérale peut, à titre de réparation, déclarer qu'une règle de droit est soit inapplicable en raison de la doctrine constitutionnelle de l'exclusivité des compétences, soit inopérante par l'effet de la doctrine de la prépondérance. Cette question est analysée assez longuement dans les motifs; en fin de compte, la cour a conclu que la Cour fédérale a le pouvoir de prononcer, au regard de la Constitution, des déclarations concernant la validité, l'applicabilité et l'effet des lois.

#### V. Analyse

[24] La seule question litigieuse consiste à décider si la Cour fédérale a compétence, suivant le critère de l'arrêt *ITO*, pour connaître de la demande de la Société. Si la Cour fédérale n'a manifestement pas compétence pour connaître de cette demande, la requête en radiation doit être accueillie (*Hodgson c. Bande indienne d'Ermineskin n° 942*, 2000 CanLII 15066 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)). Je vais d'abord dégager la nature essentielle de la demande de la Société, puis j'examinerai le rôle et la compétence de la Cour fédérale avant d'appliquer le critère établi dans l'arrêt *ITO* pour statuer sur la compétence. Ayant conclu que la Cour fédérale n'a pas compétence pour connaître de cette affaire, il n'est pas nécessaire d'examiner la question de savoir si la cour devrait refuser d'exercer sa compétence.

##### A. *La nature essentielle de la demande de la Société*

[25] Afin de décider si la Cour fédérale a compétence sur une demande, il est nécessaire de déterminer la nature ou le caractère essentiel de cette demande (*JP Morgan Asset Management (Canada)*

*Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557, at para. 50; *Sifto Canada Corp. v. Minister of National Revenue*, 2014 FCA 140, 461 N.R. 184, at para. 25). As discussed in further detail below, s. 23(c) of the *Federal Courts Act* only grants jurisdiction to the Federal Court when a claim for relief has been made, or a remedy has been sought, “under an Act of Parliament or otherwise”. The conferral of jurisdiction depends on the nature of the claim or remedy sought. Determining the claim’s essential nature allows the court to assess whether it falls within the scope of s. 23(c). Jurisdiction is not assessed in a piecemeal or issue-by-issue fashion.

[26] The essential nature of the claim must be determined on “a realistic appreciation of the practical result sought by the claimant” (*Domtar Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 218, 392 N.R. 200, at para. 28, per Sharlow J.A.). The “statement of claim is not to be blindly read at its face meaning” (*Roitman v. Canada*, 2006 FCA 266, 353 N.R. 75, at para. 16, per Décary J.A.). Rather, the court must “look beyond the words used, the facts alleged and the remedy sought and ensure . . . that the statement of claim is not a disguised attempt to reach before the Federal Court a result otherwise unreachable in that Court” (*ibid.*; see also *Canadian Pacific Railway v. R.*, 2013 FC 161, [2014] 1 C.T.C. 223, at para. 36; *Verdicchio v. R.*, 2010 FC 117, [2010] 3 C.T.C. 80, at para. 24).

[27] On the other hand, genuine strategic choices should not be maligned as artful pleading. The question is whether the court has jurisdiction over the particular claim the claimant has chosen to bring, not a similar claim the respondent says the claimant really ought, for one reason or another, to have brought.

[28] In its pleadings at the Federal Court, the Company seeks the following relief:

*Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557, par. 50; *Canada (Revenu national) c. Sifto Canada Corp.*, 2014 CAF 140, par. 25 (CanLII)). Comme je l’explique en détail ci-après, l’al. 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales* confère compétence à la Cour fédérale uniquement à l’égard d’une demande de réparation ou d’un autre recours exercé « sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit ». L’attribution de compétence dépend de la nature de la demande ou du recours exercé. Le fait de déterminer la nature essentielle de la demande permet au tribunal de décider si celle-ci relève de l’al. 23c). La compétence ne s’apprécie pas au cas par cas ou au regard d’une question litigieuse à la fois.

[26] Il faut dégager la nature essentielle de la demande selon « une appréciation réaliste du résultat concret visé par le demandeur » (*Canada c. Domtar Inc.*, 2009 CAF 218, par. 28 (CanLII), la juge Sharlow). La « déclaration [du demandeur] ne doit pas être prise au pied de la lettre » (*Roitman c. Canada*, 2006 CAF 266, par. 16 (CanLII), le juge Décary). Le tribunal doit plutôt « aller au-delà des termes employés, des faits allégués et de la réparation demandée, et il doit s’assurer que la déclaration ne constitue pas une tentative déguisée visant à obtenir devant la Cour fédérale un résultat qui ne peut par ailleurs pas être obtenu de cette cour » (*ibid.*, voir aussi *Canadian Pacific Railway c. R.*, 2013 CF 161, [2014] 1 C.T.C. 223, par. 36; *Verdicchio c. Canada*, 2010 CF 117, par. 24 (CanLII)).

[27] Par ailleurs, de véritables choix stratégiques ne devraient pas être dénigrés sous prétexte qu’ils constituent d’astucieux arguments. La question consiste à se demander si la cour a compétence à l’égard de la demande précise que le demandeur a choisi d’introduire, et non pas à l’égard d’une demande similaire que, de l’avis du défendeur, le demandeur aurait plutôt dû présenter, pour une raison ou une autre.

[28] Dans ses actes de procédure dans l’instance introduite en Cour fédérale, la Société sollicite les réparations suivantes :

1. A declaration that the Ambassador Bridge, including its approaches, terminal facilities, machinery and appurtenances, is a federal undertaking;

2. A declaration that the applicant The Canadian Transit Company (“CTC”) has, pursuant to its enabling legislation, *An Act to incorporate The Canadian Transit Company*, 11-12 George V., 1921, c. 57, as amended (the “CTC Act”):

- (a) the right to purchase, lease or otherwise acquire and hold lands for the Ambassador Bridge and its terminal yards, including its accommodation works and facilities, as CTC thinks necessary in its discretion;
- (b) the right to expropriate and take an easement in, over, under or through any lands without the necessity of acquiring a title in fee simple thereto; and
- (c) an obligation, as set out in By-Law Number 1606 of The Town of Sandwich (“Sandwich By-Law”), to keep and maintain the Ambassador Bridge and all works connected therewith in good order and condition and of sufficient strength and capacity at all times to sustain and protect such machinery and structures and also the vehicles and traffic that may be carried or allowed thereon;

3. A declaration that, pursuant to paragraphs 1 and 2 above, the Corporation of the City of Windsor By-Law Number 147-2011, titled a By-Law to Establish Standards for the Maintenance and Occupancy of All Property in the City of Windsor and to Repeal By-Law 156-2005 (the “By-Law”), does not apply to properties purchased, leased or otherwise acquired and held by CTC pursuant to its enabling legislation;

4. A declaration that certain properties purchased by CTC which are immediately west of and/or adjacent to the Ambassador Bridge (the “Properties”) are necessary for the continued operation and maintenance of the Ambassador Bridge;

(A.R., vol. I, at pp. 47-48)

[29] Although the Company has tied each of these declarations to the *CTC Act*, the main federal legislation involved, it is clear that what the Company

[TRADUCTION]

1. Une déclaration portant que le pont Ambassador, y compris ses abords, moyens d’exploitation de tête de ligne, machineries et accessoires, constitue un ouvrage fédéral;

2. Une déclaration portant que la demanderesse, The Canadian Transit Company (« CTC »), a, en vertu de sa loi habilitante, la *Loi constituant en corporation « The Canadian Transit Company »*, 11-12 George V, 1921, c. 57, et modifications (la « Loi sur la CTC ») :

- a) le droit d’acheter, de louer ou autrement acquérir et posséder des terrains pour les besoins du pont Ambassador et de ses parcs de tête de ligne, y compris ses ouvrages et installations, suivant ce que la CTC juge nécessaire;
- b) le droit d’exproprier et de créer une servitude dans, sur, en dessous ou à travers tous terrains sans qu’il soit nécessaire de les acquérir en pleine et entière propriété;
- c) une obligation, énoncée dans le règlement 1606 de la Ville de Sandwich (le « Règlement de Sandwich »), d’entretenir le pont Ambassador et tous les ouvrages connexes pour qu’ils soient en bon état et en bonne condition, et d’une solidité et d’une capacité suffisantes, en tout temps pour le maintien et la protection d’une telle machinerie et de telles structures ainsi que des véhicules et du trafic qui peuvent y passer ou y être admis;

3. Une déclaration portant que, conformément aux paragraphes 1 et 2 ci-dessus, le règlement 147-2011 de la Ville de Windsor, intitulé By-Law to Establish Standards for the Maintenance and Occupancy of All Property in the City of Windsor and to Repeal By-Law 156-2005 (le « Règlement »), ne s’applique pas aux propriétés achetées, louées ou autrement acquises et détenues par la CTC en vertu de sa loi habilitante;

4. Une déclaration portant que certaines propriétés achetées par la CTC qui sont situées immédiatement à l’ouest du pont Ambassador et/ou adjacentes à celui-ci (les « propriétés ») sont nécessaires pour l’exploitation et l’entretien continu du pont Ambassador;

(d.a., vol. I, p. 47-48)

[29] Bien que la Société ait rattaché chacune de ces déclarations à la *Loi sur la CTC*, la principale loi fédérale en cause, il est évident que ce qu’elle cherche,

ultimately seeks is immunity from the requirements of the By-law. The third declaration — that the By-law does not apply to the properties — is the essence of the Company’s claim. There has been no suggestion by the Company that the other declarations — that the Ambassador Bridge is a federal undertaking, that the Company enjoys certain rights under the *CTC Act*, and that the properties are necessary for the continued operation of the bridge — would be worthwhile pursuing in the absence of the third declaration. Adopting “a realistic appreciation of the practical result sought by the claimant” (*Domtar*, at para. 28), the real issue is whether the Company’s rights under the *CTC Act* are subject to the By-law. The first, second and fourth declarations sought by the Company are valuable to the Company only to the extent they help it establish, by the doctrines of interjurisdictional immunity or paramountcy, that the By-law is inapplicable or inoperative against the Company. In essence, the Company’s claim is simply that it is not required to comply with the By-law and repair the properties as the City has ordered.

[30] Stated generally, the issue is whether the Federal Court has jurisdiction to decide a claim that a municipal by-law is constitutionally inapplicable or inoperative in relation to a federal undertaking.

#### B. *Overview of the Role and Jurisdiction of the Federal Court*

[31] The role and jurisdiction of the Federal Court appear most clearly when seen through the lens of the judicature provisions of the *Constitution Act, 1867*. Section 96 recognized the superior courts of general jurisdiction which already existed in each province at the time of Confederation. Section 101 empowered Parliament to establish “additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada” — i.e., to establish new courts to administer federal law (*R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 695, at p. 707; *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054, at pp. 1065-66; *Consolidated*

en définitive, c’est de se soustraire aux exigences du Règlement. La troisième déclaration sollicitée — que le Règlement ne s’applique pas à ses propriétés — constitue l’essence de la demande de la Société. Celle-ci ne laisse aucunement entendre que les autres déclarations — portant que le pont Ambassador est un ouvrage fédéral, que la Société jouit de certains droits en vertu de la *Loi sur la CTC* et que les propriétés sont nécessaires pour l’exploitation continue du pont — vaudraient la peine d’être sollicitées en l’absence de la troisième déclaration. Si l’on adopte « une appréciation réaliste du résultat concret visé par [la demanderesse] » (*Domtar*, par. 28), la véritable question est de savoir si les droits que la *Loi sur la CTC* confère à la Société sont assujettis au Règlement. Les première, deuxième et quatrième déclarations que sollicite la Société n’ont de la valeur pour elle que dans la mesure où elles l’aident à démontrer, au moyen de la doctrine de l’exclusivité des compétences ou de celle de la prépondérance, que le Règlement est inapplicable ou inopérant à l’égard de la Société. Essentiellement, la Société prétend simplement qu’elle n’est pas tenue de se conformer au Règlement et de réparer les propriétés, comme la Ville lui a ordonné de le faire.

[30] Exprimée de façon générale, la question consiste à décider si la Cour fédérale a compétence pour statuer sur une demande alléguant qu’un règlement municipal est constitutionnellement inapplicable ou inopérant à l’égard d’un ouvrage fédéral.

#### B. *Aperçu du rôle et de la compétence de la Cour fédérale*

[31] Le rôle et la compétence de la Cour fédérale ressortent très clairement lorsqu’on les considère à la lumière des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives au pouvoir judiciaire. L’article 96 a reconnu les cours supérieures de compétence générale qui existaient déjà dans chaque province au moment de la Confédération. L’article 101 a habilité le Parlement à établir « des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada » — c’est-à-dire à établir de nouveaux tribunaux pour administrer les lois fédérales (*R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 695, p. 707; *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien*

*Distilleries, Ltd. v. The King*, [1933] A.C. 508 (P.C.), at pp. 520-22). Parliament exercised this power in 1875 when it enacted legislation creating the Exchequer Court of Canada, which ultimately became the Federal Court of Canada (see *The Supreme and Exchequer Court Act*, S.C. 1875, c. 11). The Federal Court plays an important role in the interpretation and development of federal law in matters over which it has been granted jurisdiction.

[32] The provincial superior courts recognized by s. 96 “have always occupied a position of prime importance in the constitutional pattern of this country” (*Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, at p. 327, per Estey J.). Provincially administered (s. 92(14)) and federally appointed (ss. 96 and 100), they weave together provincial and federal concerns and act as a strong unifying force within our federation. As courts of general jurisdiction, the superior courts have jurisdiction in all cases except where jurisdiction has been removed by statute (*Québec Téléphone v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1972] S.C.R. 182, at p. 190). The inherent jurisdiction of the superior courts can be constrained by legislation, but s. 96 of the *Constitution Act, 1867* protects the essential nature and powers of the provincial superior courts from legislative incursion (*Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at para. 18; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at para. 15).

[33] The Federal Court, by contrast, has only the jurisdiction it has been conferred by statute.<sup>1</sup> It is a statutory court, created under the constitutional authority of s. 101, without inherent jurisdiction. While the Federal Court plays a critical role in our judicial system, its jurisdiction is not

<sup>1</sup> This includes powers which, although not expressly conferred by statute, are “necessarily implied in the [statutory] grant of power to function as a court of law”, such as the power to control the court’s processes (*R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331, at para. 19, per Rothstein J.).

*Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054, p. 1065-1066; *Consolidated Distilleries, Ltd. c. The King*, [1933] A.C. 508 (C.P.), p. 520-522). Le Parlement a exercé ce pouvoir en 1875, lorsqu’il a édicté la loi créant la Cour de l’Échiquier du Canada, qui est devenue par la suite la Cour fédérale du Canada (voir *Acte de la Cour Suprême et de l’Échiquier*, S.C. 1875, c. 11). La Cour fédérale joue un rôle important dans l’interprétation et l’évolution du droit fédéral dans les matières qui relèvent de sa compétence.

[32] Les cours supérieures provinciales reconnues par l’art. 96 « ont toujours occupé une position de premier plan à l’intérieur du régime constitutionnel de ce pays » (*Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, p. 327, le juge Estey). Administrées par les provinces (par. 92(14)) et composées de juges nommés par le fédéral (art. 96 et 100), elles incorporent les intérêts provinciaux et fédéraux, et servent d’élément unificateur puissant au sein de notre fédération. En tant que cours de compétence générale, les cours supérieures ont compétence en toutes matières, sauf lorsqu’une loi la leur enlève (*Québec Téléphone c. Compagnie de Téléphone Bell du Canada*, [1972] R.C.S. 182, p. 190). La compétence inhérente des cours supérieures peut être restreinte par des dispositions législatives, mais l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* protège la nature essentielle et les pouvoirs des cours supérieures provinciales d’une atteinte par voie législative (*Ontario c. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 18; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, par. 15).

[33] À l’inverse, la Cour fédérale possède uniquement la compétence qui lui est conférée par la loi<sup>1</sup>. Il s’agit d’une cour d’origine législative, qui a été créée en application du pouvoir constitutionnel prévu à l’art. 101 et qui n’est pas dotée d’une compétence inhérente. La Cour fédérale joue un rôle primordial

<sup>1</sup> Cette compétence comprend des pouvoirs qui, bien qu’ils ne soient pas conférés expressément par la loi, « s’inferent nécessairement du pouvoir [d’origine législative] de constituer une cour de justice », par exemple le pouvoir de faire respecter la procédure du tribunal (*R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331, par. 19, le juge Rothstein).

constitutionally protected in the same way as that of a s. 96 court. It can act only within the constitutional boundaries of s. 101 and the confines of its statutory powers.<sup>2</sup> As this Court noted in *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322, at p. 331, “[b]ecause the Federal Court is without any inherent jurisdiction such as that existing in provincial superior courts, the language of the [*Federal Court Act*] is completely determinative of the scope of the Court’s jurisdiction.”

### C. *The ITO Test for Jurisdiction*

[34] This Court held in *ITO* that a statutory grant of jurisdiction is necessary, but not alone sufficient, for the Federal Court to have jurisdiction in a given case. Because Parliament established the Federal Court pursuant to its competence, under s. 101 of the *Constitution Act, 1867*, to establish “additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada”, the role of the Federal Court is constitutionally limited to administering “the Laws of Canada”, which in this context means federal law (*Thomas Fuller*, at p. 707; *Quebec North Shore*, at pp. 1065-66; *Consolidated Distilleries*, at pp. 521-22). The three-part *ITO* test for jurisdiction is designed to ensure the Federal Court does not overstep this limited role (*ITO*, at p. 766, per McIntyre J.):

1. There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.
2. There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.

<sup>2</sup> Although the *Federal Courts Act* describes the Federal Court as a “superior court” (ss. 3 and 4), this description means only that its jurisdiction is “supervisory” (*Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1975] 1 S.C.R. 228, at p. 233, per Pigeon J.). The Federal Court is not a superior court in the true sense of possessing inherent jurisdiction.

dans notre système judiciaire, mais sa compétence n’est pas protégée par la Constitution de la même façon que celle des cours visées à l’art. 96. Elle ne peut agir qu’à l’intérieur des limites constitutionnelles établies par l’art. 101 et des pouvoirs qui lui ont été conférés par la loi<sup>2</sup>. Comme l’a fait remarquer notre Cour dans *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, p. 331, « [p]arce que la Cour fédérale n’a aucune compétence inhérente comme celle des cours supérieures des provinces, c’est le texte de la [*Loi sur la Cour fédérale*] qui détermine complètement l’étendue de la compétence de la cour. »

### C. *Le critère de l’arrêt ITO déterminatif de la compétence*

[34] Dans l’arrêt *ITO*, notre Cour a jugé qu’une attribution législative de compétence était nécessaire, mais insuffisante, à elle seule, pour conférer à la Cour fédérale compétence dans une affaire donnée. Étant donné que le Parlement a établi la Cour fédérale en application de la compétence que lui reconnaît l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* d’établir « des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada », le rôle de la Cour fédérale se limite constitutionnellement à administrer les « lois du Canada », une expression qui, dans le présent contexte, s’entend des lois fédérales (*Thomas Fuller*, p. 707; *Quebec North Shore*, p. 1065-1066; *Consolidated Distilleries*, p. 521-522). Le critère à trois volets déterminatif de la compétence élaboré dans l’arrêt *ITO* vise à faire en sorte que la Cour fédérale n’outrepasse pas ce rôle limité (*ITO*, p. 766, le juge McIntyre) :

1. Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.
2. Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l’attribution légale de compétence.

<sup>2</sup> Bien que la *Loi sur les Cours fédérales* décrive la Cour fédérale comme une « cour supérieure » (art. 3 et 4), cela signifie seulement que sa compétence en est une de « surveillance » (*Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228, p. 233, le juge Pigeon). La Cour fédérale n’est pas une véritable cour supérieure possédant une compétence inhérente.

3. The law on which the case is based must be “a law of Canada” as the phrase is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

[35] The first part of this test addresses the specific statutory grant of jurisdiction. There is a certain degree of overlap between the second and third aspects of this test, which both address the need to stay within the constitutional limits of s. 101.

#### D. *ITO Part 1: Statutory Grant of Jurisdiction*

[36] The first part of the *ITO* test requires that a federal statute grant jurisdiction to the Federal Court.

[37] The Federal Court of Appeal found, and the Company submits, that s. 23(c) of the *Federal Courts Act* grants jurisdiction over the Company’s application. I cannot agree.

[38] Once again, s. 23(c) reads as follows:

**23** Except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned, the Federal Court has concurrent original jurisdiction, between subject and subject as well as otherwise, in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under an Act of Parliament or otherwise in relation to any matter coming within any of the following classes of subjects:

(c) works and undertakings connecting a province with any other province or extending beyond the limits of a province.

[39] As the text of the provision indicates, s. 23(c) grants jurisdiction to the Federal Court only when three criteria are met:

(1) jurisdiction must not have been “specially assigned” to another court;

3. La loi invoquée dans l’affaire doit être « une loi du Canada » au sens où cette expression est employée à l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[35] Le premier volet de ce critère traite de l’existence d’une attribution spécifique de compétence par une loi. Les deuxième et troisième volets de ce critère présentent un certain degré de chevauchement en ce qu’ils portent tous les deux sur la nécessité du respect des limites constitutionnelles établies par l’art. 101.

#### D. *Le premier volet du critère ITO : attribution législative de compétence*

[36] Le premier volet du critère *ITO* exige qu’une loi fédérale attribue la compétence à la Cour fédérale.

[37] La Cour d’appel fédérale a conclu, et la Société soutient, que l’al. 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales* attribue à la Cour fédérale compétence à l’égard de la demande de la Société. Je ne peux souscrire à cette proposition.

[38] Voici encore une fois le texte de l’al. 23c) :

**23** Sauf attribution spéciale de cette compétence par ailleurs, la Cour fédérale a compétence concurrente, en première instance, dans tous les cas — opposant notamment des administrés — de demande de réparation ou d’autre recours exercé sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit en matière :

c) d’ouvrages reliant une province à une autre ou s’étendant au-delà des limites d’une province.

[39] Comme l’indique son libellé, l’al. 23c) attribue compétence à la Cour fédérale uniquement dans les cas où il est satisfait à trois critères :

(1) la compétence ne doit pas avoir été l’objet d’une « attribution spéciale » à une autre cour;

- (2) the claim for relief must be made, or the remedy must be sought, “under an Act of Parliament or otherwise”; and,
- (3) the claim for relief must be made, or the remedy must be sought, “in relation to” a work or undertaking connecting a province with any other province or extending beyond the limits of a province.

[40] Only the second criterion is at issue in this appeal. In *Quebec North Shore*, this Court interpreted the phrase “under an Act of the Parliament of Canada or otherwise” (as it read then) to mean under “federal law, whether under statute or regulation or common law” and concluded “[s]ection 23 requires that the claim for relief be one sought under such law” (p. 1066 (emphasis added)). Laskin C.J. reasoned that provisions of the *Federal Court Act* which confer jurisdiction on the Federal Court should not be interpreted as unconstitutionally exceeding Parliament’s competence under s. 101 of the *Constitution Act, 1867* to establish courts for the better administration of federal law (pp. 1057-58).

[41] *Quebec North Shore* makes clear that s. 23 grants jurisdiction to the Federal Court only when the claimant is seeking relief under federal law. As I read *Quebec North Shore*, the implication is that the claimant’s *cause of action*, or the right to seek relief, must be created or recognized by a federal statute, a federal regulation or a rule of the common law dealing with a subject matter of federal legislative competence. This is what it means to seek relief “under” federal law in s. 23.

[42] In *Roberts*, for example, Wilson J. offered this paraphrase of *Quebec North Shore*: “. . . the cause of action must be founded ‘on some existing federal law, whether statute or regulation or common law’” (p. 339, quoting *Quebec North Shore*, at p. 1066 (emphasis added)). If the claimant’s cause

- (2) la demande de réparation doit être faite, ou le recours doit être exercé, « sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit »;
- (3) la demande de réparation doit être faite, ou le recours doit être exercé, « en matière » d’ouvrages reliant une province à une autre ou s’étendant au-delà des limites d’une province.

[40] Seul le deuxième critère est en cause dans le présent pourvoi. Dans *Quebec North Shore*, notre Cour a considéré que l’expression « en vertu d’une loi du Parlement du Canada ou autrement » (elle était alors formulée ainsi) s’entend « d’une législation fédérale [. . .], que ce soit une loi, un règlement ou la *common law* » et elle a conclu que « [l]’article 23 exige que la demande de redressement soit faite en vertu de pareille loi » (p. 1066 (je souligne)). Le juge en chef Laskin a expliqué que les dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale* conférant compétence à la Cour fédérale ne devaient pas être interprétées d’une façon qui outrepasserait inconstitutionnellement le pouvoir du Parlement sous le régime de l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* d’établir des cours pour la meilleure administration du droit fédéral (p. 1057-1058).

[41] Il ressort clairement de l’arrêt *Quebec North Shore* que l’art. 23 attribue compétence à la Cour fédérale seulement lorsque le demandeur sollicite une réparation sous le régime du droit fédéral. Selon mon interprétation de cet arrêt, il en découle que la *cause d’action* du demandeur ou le droit de solliciter une réparation doit être créé ou reconnu par une loi fédérale, un règlement fédéral ou une règle de common law traitant d’un sujet relevant du pouvoir de légiférer du fédéral. C’est ce que signifie, à l’art. 23, demander une réparation « sous le régime » du droit fédéral.

[42] Dans l’arrêt *Roberts*, par exemple, la juge Wilson a paraphrasé en ces termes l’arrêt *Quebec North Shore* : « . . . la cause d’action doit relever de “la législation fédérale applicable, que ce soit une loi, un règlement ou la *common law*” » (p. 339, citant *Quebec North Shore*, p. 1066 (je souligne)). Si

of action or right to seek relief is not created or recognized by federal law, s. 23 does not confer jurisdiction on the Federal Court.

[43] Thus, in *Quebec North Shore* itself, s. 23 did not confer jurisdiction: although the claimants were seeking relief in relation to an extra-provincial undertaking, the claimants were not seeking relief under federal law. Rather, the claimants were seeking relief under the Quebec law of contract. Similarly, in *Norral Transport Inc. v. Canadian Pacific Ltd.* (1998), 154 F.T.R. 161, which also involved an extra-provincial undertaking, s. 23 did not confer jurisdiction because the causes of action were in the Quebec law of contract and the Quebec law of fault.

[44] By contrast, s. 23 did confer jurisdiction in *Prudential Assurance Co. v. Canada*, [1993] 2 F.C. 293 (C.A.), which was a claim for damages brought under the federal *Carriage by Air Act*, R.S.C. 1985, c. C-26. *Bensol Customs Brokers Ltd. v. Air Canada*, [1979] 2 F.C. 575 (C.A.), was another claim for damages under the federal *Carriage by Air Act* in which s. 23 was held to confer jurisdiction. The claimants in that case brought a tort claim as well; however, the majority of the Federal Court of Appeal held that s. 23 did not confer jurisdiction over the tort claim.

[45] The Federal Court of Appeal in this case did not consider whether the Company was seeking relief under federal law, nor did it refer to *Quebec North Shore*. The court's paraphrase of s. 23(c) — that it empowers a party to seek a declaration in relation to works and undertakings connecting a province with any other province or extending beyond the limits of a province (para. 27) — suggests it is sufficient if the subject matter of the litigation is an extra-provincial undertaking. This paraphrase does not acknowledge or give any meaning to the requirement that relief be sought “under an Act of Parliament or otherwise”.

la cause d'action du demandeur ou son droit de solliciter une réparation n'est pas créé ou reconnu par le droit fédéral, l'art. 23 ne confère pas compétence à la Cour fédérale.

[43] Ainsi, dans l'affaire *Quebec North Shore* elle-même, l'art. 23 ne conférait pas compétence : même si les demanderesse sollicitaient une réparation en lien avec un ouvrage extra-provincial, elles ne le faisaient pas sous le régime du droit fédéral. En effet, elles demandaient plutôt une réparation en vertu du droit contractuel du Québec. De même, dans *Norral Transport Inc. c. Canadien Pacifique Ltée*, 1998 CanLII 7641 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), qui concernait également un ouvrage extra-provincial, la cour a jugé que l'art. 23 ne conférait pas compétence parce que les causes d'action relevaient du droit du Québec en matière de contrats et de responsabilité civile.

[44] Par contre, l'art. 23 conférait bel et bien compétence dans *Prudential Assurance Co. c. Canada*, [1993] 2 C.F. 293 (C.A.), qui portait sur une demande de dommages-intérêts présentée en vertu d'une loi fédérale, la *Loi sur le transport aérien*, L.R.C. 1985, c. C-26. Dans l'arrêt *Bensol Customs Brokers Ltd. c. Air Canada*, [1979] 2 C.F. 575 (C.A.), qui concernait lui aussi une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Loi sur le transport aérien*, la Cour d'appel fédérale a jugé que l'art. 23 conférait compétence. Les demanderesse dans cette affaire avaient également intenté une action en responsabilité délictuelle; les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont toutefois statué que l'art. 23 ne conférait pas compétence à l'égard de cette action.

[45] En l'espèce, la Cour d'appel fédérale n'a pas examiné la question de savoir si la Société sollicitait une réparation sous le régime du droit fédéral, et elle ne s'est pas non plus référée à l'arrêt *Quebec North Shore*. La manière dont la cour a paraphrasé l'al. 23c) — à savoir qu'il permet à une partie de demander une déclaration en matière d'ouvrages reliant une province à une autre ou s'étendant au-delà des limites d'une province (par. 27) — tend à indiquer qu'il suffit que l'objet du litige soit un ouvrage extra-provincial. Cette reformulation ne reconnaît pas l'existence de l'exigence que la réparation soit sollicitée « sous le régime d'une loi fédérale ou d'une autre règle de droit », et ne lui accorde aucun rôle.

[46] This phrase cannot be ignored or rendered superfluous. Section 23(c) confers jurisdiction “in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under an Act of Parliament or otherwise in relation to [an extra-provincial undertaking]”. If Parliament had intended the Federal Court to have jurisdiction whenever relief is sought in relation to an extra-provincial undertaking, *whether or not that relief is sought under federal law*, it would not have added the qualifier that the relief must be sought “under an Act of Parliament or otherwise”. The explicit language of s. 23 requires that the relief be sought under — and not merely in relation to — federal law. This is even clearer in the French version of s. 23, which requires relief to be sought “*sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit*”.

[47] The Federal Court of Appeal stated that a broad scope of Federal Court jurisdiction would promote consistency across the country in the interpretation of federal law. However, such an objective does not justify departing from the explicit language of s. 23. I also note that concerns about consistency can cut both ways. The jurisdiction s. 23 confers on the Federal Court is concurrent with the provincial superior courts. Even if this Court accepted that s. 23 granted the Federal Court jurisdiction in cases like this one, litigants could choose to bring their claim in a superior court rather than the Federal Court.

[48] Requiring the right to seek relief to arise directly from federal law brings clarity to the scope of the Federal Court’s concurrent jurisdiction. Giving effect to the explicit wording of s. 23 minimizes jurisdictional disputes by ensuring that litigants know the scope of the Federal Court’s jurisdiction in advance. This will avoid unnecessary litigation, including disputes about whether the court should decline to exercise jurisdiction even if it has jurisdiction to hear the matter.

[46] On ne peut faire abstraction de cette expression ni la rendre superflue. L’alinéa 23c) confère compétence « dans tous les cas [. . .] de demande de réparation ou d’autre recours exercé sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit en matière [d’ouvrage extra-provincial] ». Si le Parlement avait eu l’intention d’attribuer compétence à la Cour fédérale chaque fois qu’une réparation est sollicitée en matière d’ouvrage extra-provincial, *que cette réparation ait été sollicitée ou non sous le régime du droit fédéral*, il n’aurait pas ajouté la précision que la réparation doit être demandée « sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit ». Le texte explicite de l’art. 23 exige que la réparation soit demandée sous le régime du droit fédéral, et non simplement relativement au droit fédéral. Le passage souligné ci-dessus du texte français de l’art. 23 est encore plus clair que la version anglaise correspondante « *under an Act of Parliament or otherwise* ».

[47] La Cour d’appel fédérale a affirmé que, si la Cour fédérale disposait d’une compétence étendue, cela favoriserait une interprétation cohérente du droit fédéral dans tout le pays. Cependant, un tel objectif ne justifie pas que l’on s’écarte du texte explicite de l’art. 23. Je tiens à ajouter que les préoccupations au sujet de la cohérence peuvent jouer dans les deux sens. La compétence conférée par l’art. 23 à la Cour fédérale est concurrente à celle des cours supérieures provinciales. Même si la Cour acceptait que l’art. 23 confère compétence à la Cour fédérale dans les cas tels que celui-ci, les parties pourraient décider de s’adresser à une cour supérieure plutôt qu’à la Cour fédérale.

[48] Exiger que le droit de demander une réparation découle directement du droit fédéral a pour effet de préciser l’étendue de la compétence concurrente de la Cour fédérale. L’application du texte explicite de l’art. 23 minimise les litiges sur des questions de compétence en faisant en sorte que les parties connaissent à l’avance l’étendue de la compétence de la Cour fédérale. On évitera ainsi les litiges inutiles, y compris les différends quant à savoir si le tribunal devrait refuser d’exercer sa compétence à l’égard d’une affaire, même s’il a compétence pour en connaître.

[49] In its written submissions, the Company said it was seeking relief “in relation to” the *CTC Act*. In response to a question asked during oral argument, the Company submitted it is seeking relief under s. 23(c) itself, or alternatively under the *CTC Act*.

[50] The Company stresses that the *Federal Courts Act* defines “relief” to include declarations. In the Company’s submission, this definition means that s. 23(c) gives parties the right to apply to the Federal Court for declarations about extra-provincial undertakings.

[51] This argument cannot be sustained. A definition simply provides the meaning for a term used in the legislation. If Parliament had spelled out the full definition of the defined term “relief” — “every species of relief, whether by way of damages, payment of money, injunction, declaration, restitution of an incorporeal right, return of land or chattels or otherwise” — in s. 23, it would not change the meaning of the words of the provision.

[52] Effect must still be given to the words “is sought under an Act of Parliament or otherwise” in s. 23. Had Parliament intended the *Federal Courts Act* to grant jurisdiction to the Federal Court to provide any relief (as defined broadly) in relation to the classes of subjects enumerated in s. 23, it would simply have said so. It would be circular to reason that s. 23 is self-referential: it is not itself a federal law under which the Company can seek relief, however “relief” is defined. Rather, as Shore J. found at first instance, s. 23 confers on the Federal Court jurisdiction over certain claims, including certain claims for declarations, but does not confer on *parties* the right to make those claims in the first place. For that right, parties must look to other federal law.

[49] Dans ses observations écrites, la Société a affirmé solliciter une réparation « relativement à » la *Loi sur la CTC*. En réponse à une question posée au cours des plaidoiries, la Société a soutenu qu’elle demandait une réparation sous le régime de l’al. 23c) lui-même ou, subsidiairement, sous le régime de la *Loi sur la CTC*.

[50] La Société souligne que les déclarations font partie des mesures énumérées dans la définition de « réparation » dans la *Loi sur les Cours fédérales*. Suivant l’argument de la Société, il découle de cette définition que l’al. 23c) donne aux parties le droit de demander à la Cour fédérale des déclarations visant des ouvrages extra-provinciaux.

[51] On ne saurait retenir cet argument. Une définition indique simplement le sens d’un terme employé dans le texte de loi. Si le Parlement avait répété au complet à l’art. 23 la définition du terme « réparation » — « [t]oute forme de réparation en justice, notamment par voie de dommages-intérêts, de compensation pécuniaire, d’injonction, de déclaration, de restitution de droit incorporel, de bien meuble ou immeuble » —, cela ne changerait pas le sens des mots de la disposition.

[52] Encore faut-il donner effet à l’expression « exercé sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit » qui figure à l’art. 23. Si le Parlement avait eu l’intention de conférer à la Cour fédérale, dans la *Loi sur les Cours fédérales*, la compétence d’accorder toute forme de réparation (définie largement) relativement aux différents sujets énumérés à l’art. 23, il l’aurait tout simplement dit. Constituerait un raisonnement circulaire le fait d’affirmer que l’art. 23 renvoie à lui-même : il ne constitue pas, en soi, une règle de droit fédérale sous le régime de laquelle la Société peut demander réparation, quelle que soit la manière dont le terme « réparation » est défini. Au lieu de cela, comme a conclu le juge Shore en première instance, l’art. 23 confère à la Cour fédérale compétence à l’égard de certaines demandes, y compris certaines demandes de déclarations, mais il n’a pas pour effet de conférer aux *parties* le droit de présenter ces demandes en premier lieu. Les parties doivent chercher ce droit dans d’autres règles de droit fédérales.

[53] *Prudential Assurance*, for example, was a claim brought under the *Carriage by Air Act*, which creates a cause of action against air carriers for damage to baggage and cargo. The type of relief the plaintiffs were seeking was damages, which, like declarations, falls within the definition of “relief” in the *Federal Court Act*, but nothing in the jurisdictional analysis turned on the type of relief the plaintiffs were seeking. What mattered was that the plaintiffs were seeking relief under federal law: the cause of action was created by the federal *Carriage by Air Act*. It was the federal *Carriage by Air Act* which gave the plaintiffs the right to seek damages from the carrier.

[54] Other federal causes of action that might satisfy s. 23 include the *Radiocommunication Act*, R.S.C. 1985, c. R-2, s. 18(1) (a person who has suffered a loss as a result of conduct contrary to certain sections of the Act may, “in any court of competent jurisdiction, sue for and recover damages from the person who engaged in the conduct”), and the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, s. 116(5) (a person “aggrieved by any neglect or refusal of a company to fulfil its service obligations has . . . an action for the neglect or refusal against the company”).

[55] When a party seeks relief under provisions such as these, s. 23 may grant jurisdiction to the Federal Court, assuming the other requirements of s. 23 are met. But a person cannot seek relief under s. 23 itself. It does not create any right of action. It merely confers on the Federal Court jurisdiction to provide relief that a person can otherwise seek “under an Act of Parliament or otherwise”.

[53] L’affaire *Prudential Assurance*, par exemple, concernait une demande présentée sous le régime de la *Loi sur le transport aérien*, laquelle crée une cause d’action à l’encontre des transporteurs aériens pour les dommages causés aux bagages et aux marchandises. Le type de réparation que les demanderesse sollicitaient était des dommages-intérêts, une mesure qui, à l’instar des déclarations, est visée par la définition de « réparation » figurant dans la *Loi sur la Cour fédérale*, mais rien dans l’analyse relative à la compétence n’a porté sur le type de réparation que les demanderesse sollicitaient. L’aspect important était le fait que les demanderesse sollicitaient une réparation sous le régime du droit fédéral : la cause d’action était créée par une loi fédérale, la *Loi sur le transport aérien*. C’est cette loi fédérale qui donnait aux demanderesse le droit de réclamer des dommages-intérêts du transporteur.

[54] D’autres causes d’action d’origine fédérale peuvent satisfaire au critère d’application de l’art. 23, notamment celle prévue au par. 18(1) de la *Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. 1985, c. R-2 (une personne qui a subi une perte par suite d’une contravention à certaines dispositions de cette loi peut, « former, devant tout tribunal compétent, un recours civil à l’encontre du contrevenant [. . .] [et] exercer [un] recours [. . .] par voie de dommages-intérêts », et celle prévue au par. 116(5) de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, c. 10 (une personne qui « souffre préjudice de la négligence ou du refus d’une compagnie de s’acquitter de ses obligations [. . .] possède [. . .] un droit d’action contre la compagnie »).

[55] Lorsqu’une partie sollicite une réparation sous le régime de dispositions comme celles susmentionnées, la Cour fédérale peut avoir compétence en vertu de l’art. 23, à supposer que les autres exigences établies par cette disposition soient respectées. Mais une personne ne peut demander une réparation sous le régime de l’art. 23 lui-même. Cette disposition ne crée aucun droit d’action. Elle a simplement pour effet de conférer à la Cour fédérale compétence pour accorder la réparation qu’une personne peut par ailleurs solliciter « sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit ».

[56] The Company further submits that *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713, which dealt with a similar provision of the *Federal Courts Act*, requires that s. 23 be read as conferring a right to seek relief. But *Strickland* was argued on the *assumption* that s. 18 of the *Federal Courts Act* conferred on the claimants the right to seek a declaration that certain federal regulations were invalid. (Section 18 confers exclusive jurisdiction on the Federal Court “to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal”.) Cromwell J. expressly stated that he was not endorsing the parties’ assumption that s. 18 conferred on the claimants the right to seek the declaration they were seeking (para. 6). The issue in *Strickland* was whether, *assuming* the Federal Court had jurisdiction to make the declaration, it could decline to make the declaration on the ground that it would be more appropriate for the claim to be heard in a provincial superior court. In short, *Strickland* concerned only the scope of the Federal Court’s remedial discretion, not the interpretation of s. 18 — let alone the interpretation of s. 23.

[57] The Company’s alternative submission, that it is seeking relief under the *CTC Act*, is similarly unpersuasive. Although the *CTC Act* confers certain rights and powers (and imposes certain responsibilities) on the Company, it does not give the Company any kind of right of action or right to seek the relief sought.

[58] The essence of the Company’s position is that the By-law is inapplicable by the doctrine of interjurisdictional immunity or inoperative by the doctrine of paramountcy. The Company is seeking relief under constitutional law, because it is constitutional law which confers on parties the right to seek a declaration that a law is inapplicable or inoperative.

[56] La Société soutient en outre que, suivant l’arrêt *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713, qui portait sur une disposition similaire de la *Loi sur les Cours fédérales*, l’art. 23 doit être considéré comme accordant un droit de demander une réparation. Mais dans *Strickland*, le débat reposait sur la *supposition* selon laquelle l’art. 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* accordait aux demandeurs le droit de solliciter une déclaration suivant laquelle certains règlements fédéraux étaient invalides. (L’article 18 confère à la Cour fédérale la compétence exclusive pour « décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral ».) Le juge Cromwell a expressément déclaré qu’il n’acceptait pas la supposition des parties selon laquelle l’art. 18 accordait aux demandeurs le droit de demander la déclaration qu’ils sollicitaient (par. 6). La question en litige dans *Strickland* était de savoir si, *en tenant pour acquis* que la Cour fédérale avait compétence pour prononcer la déclaration, elle pouvait refuser de le faire, au motif qu’il convenait que la demande soit entendue par une cour supérieure provinciale. En résumé, l’arrêt *Strickland* ne concernait que la portée du pouvoir discrétionnaire de réparation de la Cour fédérale, et non l’interprétation de l’art. 18 — encore moins celle de l’art. 23.

[57] L’argument subsidiaire de la Société, selon lequel elle demandait réparation sous le régime de la *Loi sur la CTC*, ne convainc pas davantage. Bien que la *Loi sur la CTC* accorde certains droits et pouvoirs à la Société (et lui impose certaines responsabilités), elle ne lui confère aucun droit d’action ou droit de solliciter la réparation demandée.

[58] L’essence de la position de la Société est que le Règlement est inapplicable par l’effet de la doctrine de l’exclusivité des compétences ou qu’il est inopérant en application de la doctrine de la prépondérance. La Société demande réparation sous le régime du droit constitutionnel, parce que c’est celui-ci qui accorde aux parties le droit de demander une déclaration portant qu’une règle de droit est inapplicable ou inopérante.

[59] A party seeking relief under constitutional law is not seeking relief “under an Act of Parliament or otherwise” within the meaning of s. 23. I agree with the City and the interveners, including the Attorney General of Canada, that constitutional law cannot be said to be federal law for the purposes of s. 23 (see also, e.g., P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 7-27; B. J. Saunders, D. J. Rennie and G. Garton, *Federal Courts Practice 2014* (2013), at p. 9).

[60] The Federal Court of Appeal effectively concluded otherwise in its discussion of the additional issue that court raised, namely whether the Federal Court has the power to make constitutional declarations. The court suggested that the Constitution is one of the “Laws of Canada” referred to in s. 101, as are the constitutional doctrines of interjurisdictional immunity and paramountcy. On this logic, these doctrines would also qualify as federal law for the purposes of s. 23.

[61] First, this conclusion is contrary to this Court’s comments in *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733, at p. 745, per Estey J.:

The *Constitution Act, 1867*, as amended, is not of course a “law of Canada” in the sense of the foregoing cases because it was not enacted by the Parliament of Canada. The inherent limitation placed by s. 101, *supra*, on the jurisdiction which may be granted to the Federal Court by Parliament therefore might exclude a proceeding founded on the *Constitution Act*.

This passage is not equivocal on the issue of whether the *Constitution Act, 1867* is one of the “Laws of Canada” denoted by s. 101. Although *obiter*, the comments were intended to provide guidance and should be accepted as authoritative (see *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 57).

[59] Une partie sollicitant une réparation sous le régime du droit constitutionnel ne le fait pas « sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit », au sens de l’art. 23. Je suis d’accord avec la Ville et les intervenants, y compris le procureur général du Canada, pour dire qu’on ne peut affirmer que le droit constitutionnel est de droit fédéral pour l’application de l’art. 23 (voir aussi, p. ex., P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), p. 7-27; B. J. Saunders, D. J. Rennie et G. Garton, *Federal Courts Practice 2014* (2013), p. 9).

[60] La Cour d’appel fédérale a effectivement conclu autrement dans le cadre de son analyse relative à la question additionnelle que cette cour avait soulevée, à savoir si la Cour fédérale possédait le pouvoir de rendre des jugements déclaratoires en matière constitutionnelle. La cour a laissé entendre que la Constitution était l’une des « lois du Canada » dont il était question à l’art. 101, au même titre que la doctrine constitutionnelle de l’exclusivité des compétences et celle de la prépondérance. Selon cette logique, ces doctrines constitueraient elles aussi des règles de droit fédérales pour l’application de l’art. 23.

[61] Premièrement, cette conclusion va à l’encontre des remarques du juge Estey de notre Cour dans l’arrêt *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733, p. 745 :

La *Loi constitutionnelle de 1867*, et modifications, n’est pas, cela va de soi, une « loi du Canada » dans le sens des exemples qui précèdent parce qu’elle n’a pas été adoptée par le Parlement du Canada. La limite inhérente que l’art. 101 précité impose à la compétence que le Parlement peut accorder à la Cour fédérale pourrait donc exclure une procédure fondée sur la *Loi constitutionnelle*.

Ce passage est sans équivoque quant à la question de savoir si la *Loi constitutionnelle de 1867* est l’une des « lois du Canada » désignées par l’art. 101. Malgré leur caractère incident, ces remarques visaient à fournir des balises et elles devraient être acceptées comme faisant autorité (voir *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 57).

[62] Nor did our Constitution become one of the “Laws of Canada” after 1982. In concluding otherwise, the Federal Court of Appeal reasoned that although each of the enactments which together make up our Constitution was originally enacted by the Parliament of the United Kingdom, the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11, “patriated” our Constitution in part by providing that the *Constitution Act, 1982* “is hereby enacted for and shall have the force of law in Canada” (s. 1). The *Constitution Act, 1982* in turn empowered Canadians to amend the Constitution (ss. 38 to 49) and referred to the Constitution as the “supreme law of Canada” (s. 52). From this, the Federal Court of Appeal inferred that the enactments which together make up the Constitution became “Laws of Canada” after 1982.

[63] However, “Canada” has two distinct meanings in our Constitution. It can denote the country as a whole or the federal level within it. In s. 1 of the *Canada Act 1982* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, “Canada” denotes the country as a whole. As this Court has confirmed on a number of occasions, in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*, “Canada” denotes only the federal level (*Thomas Fuller*, at p. 707; *Quebec North Shore*, at pp. 1065-66; *Consolidated Distilleries*, at pp. 520-22). Further, interpreting “Canada” in s. 101 to denote the country as a whole, such that Parliament could create additional courts of general (federal and provincial) jurisdiction, would be inconsistent with the other judicature provisions of the *Constitution Act, 1867*, which take as their “basic principle . . . the jurisdiction of the superior courts of the provinces in all matters federal and provincial” (*Thomas Fuller*, at p. 713). After the 1982 “patriation”, the Constitution is certainly a law of Canada the country, as opposed to a law of the United Kingdom, but it is not one of the “Laws of Canada”, the federal laws, referred to in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

[64] Obviously, the doctrines of interjurisdictional immunity and paramountcy arise from s. 91 of the

[62] Notre Constitution n’est pas non plus devenue l’une des « lois du Canada » après 1982. En tirant la conclusion contraire, la Cour d’appel fédérale a expliqué que, bien que chacun des textes législatifs qui ensemble forment notre Constitution ait été à l’origine adopté par le Parlement du Royaume-Uni, la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, a « rapatrié » notre Constitution en partie en prévoyant que la *Loi constitutionnelle de 1982* « [était] édictée pour le Canada et y [avait] force de loi » (art. 1). À son tour, la *Loi constitutionnelle de 1982* permet aux Canadiens de modifier la Constitution (art. 38 à 49) et précise que la Constitution est la « loi suprême du Canada » (art. 52). La Cour d’appel fédérale a inféré de ce qui précède que les textes législatifs qui forment ensemble la Constitution étaient devenus des « lois du Canada » après 1982.

[63] Toutefois, le mot « Canada » possède deux sens distincts dans notre Constitution. Il peut désigner soit le pays dans son ensemble, soit le palier fédéral au sein de celui-ci. À l’art. 1 de la *Loi de 1982 sur le Canada* et à l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le terme « Canada » s’entend du pays dans son ensemble. Comme notre Cour l’a confirmé à un certain nombre d’occasions, le mot « Canada » à l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* s’entend uniquement du palier fédéral (*Thomas Fuller*, p. 707; *Quebec North Shore*, p. 1065-1066; *Consolidated Distilleries*, p. 520-522). En outre, le fait de considérer que le mot « Canada » à l’art. 101 désigne le pays dans son ensemble, de sorte que le Parlement pourrait créer d’autres tribunaux de compétence générale (fédérale et provinciale), serait incompatible avec les autres dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives au pouvoir judiciaire, qui ont pour « principe fondamental [. . .] la compétence des cours supérieures des provinces sur toutes questions de droit fédéral et provincial » (*Thomas Fuller*, p. 713). Depuis le « rapatriement » de 1982, la Constitution est certainement une loi du Canada, le pays, plutôt qu’une loi du Royaume-Uni, mais elle ne constitue pas une des « lois du Canada » — au sens de lois fédérales — visées à l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[64] Il va de soi que la doctrine de l’exclusivité des compétences et celle de la prépondérance des

*Constitution Act, 1867* and can affect the force of federal legislation. However, these constitutional doctrines can also affect the force of provincial legislation. Surely constitutional law is neither federal nor provincial. The Constitution logically precedes that distinction: it is the Constitution itself that bifurcates Canadian law into federal and provincial matters.

[65] In conclusion, the Company is not seeking relief “under an Act of Parliament or otherwise” (i.e., under federal law) as required by s. 23(c) of the *Federal Courts Act*. Section 23(c) therefore does not grant jurisdiction over this application to the Federal Court and the first part of the *ITO* test is not met. There is no statutory grant of jurisdiction. This finding is dispositive: the Federal Court lacks jurisdiction in this case. There is therefore no need to consider whether the second and third parts of the *ITO* test are met in this case.

E. *ITO Part 2: Federal Law Essential to Disposition*

[66] Nonetheless, the approach taken by the Federal Court of Appeal with respect to the second part of the *ITO* test merits comment.

[67] The second part of the *ITO* test requires that federal law be “essential to the disposition of the case” such that it “nourishes the statutory grant of jurisdiction” (p. 766, per McIntyre J.). Indeed, the fact that the claim involves rights and obligations conferred by federal law will be relevant to this question. This requirement is important because it speaks to the constitutional status and role of the Federal Court under s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

[68] The Federal Court of Appeal concluded that this part of the test is met because “there [is] sufficient federal law for the Federal Court to have

lois fédérales découlent de l’art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et qu’elles peuvent modifier l’effet d’une loi fédérale. Toutefois, ces doctrines constitutionnelles peuvent également modifier l’effet d’une loi provinciale. Le droit constitutionnel n’est certes ni fédéral ni provincial. La Constitution est logiquement au-dessus de cette distinction : c’est la Constitution elle-même qui distingue, dans le droit canadien, les pouvoirs de compétence fédérale et provinciale.

[65] En conclusion, la Société ne sollicite pas une réparation « sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit » (c.-à-d. en vertu du droit fédéral) comme l’exige l’al. 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Par conséquent, cette disposition ne confère pas compétence à la Cour fédérale sur la présente demande, et il n’a pas été satisfait au premier volet du critère *ITO*. Il n’y a aucune attribution législative de compétence. Cette conclusion est décisive : la Cour fédérale n’a pas compétence dans la présente affaire. Point n’est donc besoin d’examiner s’il a été satisfait aux deuxième et troisième volets du critère *ITO* en l’espèce.

E. *Le deuxième volet du critère ITO : des règles de droit fédérales qui sont essentielles à la solution du litige*

[66] L’approche adoptée par la Cour d’appel fédérale à l’égard du deuxième volet du critère *ITO* appelle néanmoins quelques commentaires.

[67] Le deuxième volet du critère *ITO* requiert l’existence de règles de droit fédérales « essentiel[les] à la solution du litige », en ce qu’elles « constitue[nt] le fondement de l’attribution légale de compétence » (p. 766, le juge McIntyre). En effet, le fait que la demande porte sur des droits et obligations conférés par une règle de droit fédérale est pertinent à ce sujet. Cette exigence est importante, parce qu’elle se rapporte au statut constitutionnel et au rôle de la Cour fédérale au regard de l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[68] La Cour d’appel fédérale a conclu que ce volet du critère est respecté, parce que « le droit fédéral joue [. . .] un rôle suffisant pour que la Cour

jurisdiction” (para. 32). The reasons refer to a number of articulations by the Federal Court of Appeal of this part of the *ITO* test: *Bensol Customs Brokers*, at pp. 582-83 (whether the outcome is determined “to some material extent” by federal law or the cause of action is “affected” by federal law); *The Queen v. Montreal Urban Community Transit Commission*, [1980] 2 F.C. 151 (C.A.), at p. 153 (whether federal law “has an important part to play” in determining the outcome).

[69] These articulations of the test should not be understood to lower in any way the high threshold articulated in *ITO* itself. The fact that the Federal Court may have to consider federal law as a necessary component is not alone sufficient; federal law must be “essential to the disposition of the case”. It must “nourish” the grant of jurisdiction.

#### F. *Power to Make Constitutional Declarations*

[70] Since the *ITO* test is not met, it is also unnecessary to consider the Federal Court of Appeal’s holding that the Federal Court has the remedial power to declare legislation to be constitutionally invalid, inapplicable or inoperative. I decline to comment on this issue, except to say this. There is an important distinction between the power to make a constitutional finding which binds only the parties to the proceeding and the power to make a formal constitutional declaration which applies generally and which effectively removes a law from the statute books (see, e.g., *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at para. 15; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, at p. 592; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 316).

[71] The Federal Court clearly has the power, when the *ITO* test is met, to make findings of constitutionality and to give no force or effect in a

fédérale ait compétence » (par. 32). Les motifs renvoient à un certain nombre de formulations de ce volet du critère *ITO* par la Cour d’appel fédérale : *Bensol Customs Brokers*, p. 582-583 (savoir si le résultat est déterminé « jusqu’à un certain point » par des règles de droit fédérales ou si celles-ci sont « applicable[s] » à la cause d’action); *La Reine c. Commission de transport de la Communauté urbaine de Montréal*, [1980] 2 C.F. 151 (C.A.), p. 153 (savoir si les règles de droit fédérales « [ont] un rôle important à jouer » pour décider de l’issue de l’affaire).

[69] Ces formulations du critère ne devraient pas être considérées de quelque façon comme ayant pour effet de rendre moins exigeant le seuil élevé établi dans l’arrêt *ITO* lui-même. À lui seul, le fait que la Cour fédérale puisse devoir tenir compte des règles de droit fédérales en tant que facteur nécessaire ne suffit pas; ces règles de droit doivent être « essentiel[les] à la solution du litige ». Elles doivent « constituer le fondement » de l’attribution de compétence.

#### F. *Le pouvoir de prononcer des déclarations en matière constitutionnelle*

[70] Puisque le critère de l’arrêt *ITO* n’est pas respecté, il n’est pas nécessaire d’examiner la conclusion de la Cour d’appel fédérale selon laquelle la Cour fédérale possède le pouvoir de déclarer, à titre de réparation, qu’une règle de droit est inconstitutionnelle, inapplicable ou inopérante. Je ne veux pas aborder cette question, sauf pour dire ce qui suit. Il existe une distinction importante entre le pouvoir de tirer, quant à la constitutionnalité d’une règle de droit, une conclusion qui ne lie que les parties à l’instance et celui de prononcer à cet égard une déclaration formelle qui s’applique de façon générale et retire de manière effective une disposition législative du corpus législatif (voir, p. ex., *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, par. 15; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, p. 592; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 316).

[71] Il est évident que, dans les cas où il est satisfait au critère *ITO*, la Cour fédérale a le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité d’une règle de

particular proceeding to a law it finds to be unconstitutional. The Federal Court of Appeal in this case appears to have held that the Federal Court also has the power to make formal, generally binding constitutional declarations. My silence on this point should not be taken as tacit approval of the Federal Court of Appeal's analysis or conclusion.

## VI. Disposition

[72] Because the *ITO* test is not met, the application is “bereft of any possibility of success” (*JP Morgan*, at para. 47, quoting *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (C.A.), at p. 600). It is plain and obvious that the Federal Court lacks jurisdiction to hear the application. Shore J. did not err in striking the notice of application and the Federal Court of Appeal ought not to have intervened. I would, accordingly, allow the appeal, set aside the order of the Federal Court of Appeal and reinstate the order of Shore J. striking the Company's notice of application. I would also award costs to the City in this Court and in the courts below.

The reasons of Moldaver, Côté and Brown JJ. were delivered by

[73] MOLDAVER AND BROWN JJ. (dissenting) — We have read the reasons of our colleague Justice Karakatsanis. With respect, we disagree with the central features of her analysis and with her conclusion. In our view, s. 23(c) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, provides the required statutory grant of jurisdiction, and federal law is essential to the disposition of the case. We would therefore dismiss the appeal and remit the matter to the Federal Court. It remains for the Federal Court to determine whether it should decline to exercise this jurisdiction and stay the proceedings to allow the matter to be litigated in the Superior Court of Justice: see *Federal Courts Act*, s. 50(1).

droit et de déclarer inopérante, dans une instance donnée, une règle de droit qu'elle juge inconstitutionnelle. Il semble qu'en l'espèce, la Cour d'appel fédérale ait conclu que la Cour fédérale possède également le pouvoir de prononcer des déclarations formelles, généralement contraignantes, en matière constitutionnelle. Mon silence sur ce point ne devrait pas être interprété comme une approbation tacite de l'analyse ou de la conclusion de la Cour d'appel fédérale.

## VI. Dispositif

[72] Étant donné que le critère *ITO* n'a pas été respecté, la demande n'a « aucune chance d'être accueillie » (*JP Morgan*, par. 47, citant *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.), p. 600). La Cour fédérale n'a manifestement pas compétence pour entendre la demande. Le juge Shore n'a pas commis d'erreur en radiant l'avis de demande, et la Cour d'appel fédérale n'aurait pas dû intervenir. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel fédérale, et de rétablir l'ordonnance du juge Shore radiant l'avis de demande de la Société. Je suis aussi d'avis d'accorder les dépens à la Ville devant notre Cour et devant les juridictions inférieures.

Version française des motifs des juges Moldaver, Côté et Brown rendus par

[73] LES JUGES MOLDAVER ET BROWN (dissidents) — Nous avons examiné les motifs de notre collègue la juge Karakatsanis. Soit dit en tout respect, nous ne pouvons souscrire aux éléments centraux de son analyse et à sa conclusion. À notre avis, l'al. 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, établit le fondement de l'attribution législative de compétence requise, et le droit fédéral est essentiel à la solution du litige. Par conséquent, nous rejetterions le pourvoi et renverrions l'affaire à la Cour fédérale. Il restera à la Cour fédérale à décider si elle devrait refuser d'exercer cette compétence et suspendre l'instance pour que l'affaire soit jugée devant la Cour supérieure de justice : voir la *Loi sur les Cours fédérales*, par. 50(1).

[74] We acknowledge that the jurisdiction of the Federal Court is circumscribed by s. 101 of the *Constitution Act, 1867*. The Federal Court was established for the better administration of the laws of Canada. In our view, recognition of its jurisdiction in this case is consistent with, and advances, that purpose. Put in simple terms, this case involves a federal company, created under a specially enacted federal statute,<sup>3</sup> whose sole function under the statute is to operate a federal undertaking and whose claim for declaratory relief focusses exclusively on its right to carry out its statutory mandate free from unconstitutional constraints imposed by municipal bylaws.

[75] Central to the point of divergence between our colleague's reasons and ours is the distinction between having jurisdiction and taking jurisdiction. To be sure, and as we will explain, there are very good reasons why, in our respectful view, the Federal Court should seriously consider declining jurisdiction in this matter. But that is a question of taking jurisdiction. It is distinct from the question of having jurisdiction.

[76] And, in our view, the Federal Court clearly has jurisdiction. Our conclusion is informed by three considerations: (1) a historical overview of the Federal Court's jurisdiction; (2) the irrelevance of the "essence of the claim" to determine whether the Federal Court has jurisdiction; and (3) the application of all three steps of the *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, test, namely that s. 23(c) of the *Federal Courts Act* grants jurisdiction; that the *CTC Act* plays an essential role in the outcome of the case; and that the *CTC Act* is valid federal law.

#### I. The Federal Court's Jurisdiction Should Be Construed Broadly

[77] The history of the Federal Court reveals that it was intended by Parliament to have broad

<sup>3</sup> *An Act to incorporate The Canadian Transit Company*, S.C. 1921, c. 57 ("CTC Act").

[74] Nous reconnaissons que l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* circonscrit la compétence de la Cour fédérale. La Cour fédérale a été établie pour la meilleure administration des lois du Canada. À notre avis, reconnaître sa compétence en l'espèce est compatible avec cet objectif et contribue à sa réalisation. Pour dire les choses simplement, la présente affaire concerne une société fédérale créée en vertu d'une loi fédérale spéciale<sup>3</sup>, dont la seule fonction prévue par la loi consiste à exploiter une entreprise fédérale, et dont la demande de jugement déclaratoire vise exclusivement son droit de s'acquitter de son mandat légal sans égard aux contraintes inconstitutionnelles imposées par des règlements municipaux.

[75] Notre divergence d'opinion avec notre collègue tient principalement à la distinction entre le fait d'avoir compétence et celui d'exercer cette compétence. Certes, comme nous l'expliquerons, nous estimons que la Cour fédérale serait tout à fait justifiée d'envisager sérieusement de refuser d'exercer sa compétence en l'espèce. Mais il s'agit là d'une question d'exercice de la compétence. C'est une question distincte de celle d'avoir compétence.

[76] Et à notre avis, la Cour fédérale a manifestement compétence. Notre conclusion repose sur trois considérations : (1) un aperçu historique de la compétence de la Cour fédérale; (2) le fait que « l'essence de la demande » n'est pas pertinente pour déterminer si la Cour fédérale a compétence; et (3) l'application des trois volets du critère de l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, à savoir que l'al. 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales* est attributif de compétence, que la *Loi sur la CTC* joue un rôle essentiel dans l'issue de la cause, et que la *Loi sur la CTC* est une loi fédérale valide.

#### I. La compétence de la Cour fédérale devrait être interprétée largement

[77] L'historique de la Cour fédérale révèle que le Parlement avait l'intention de lui conférer une

<sup>3</sup> *La Loi constituant en corporation « The Canadian Transit Company »*, S.C. 1921, c. 57 (« *Loi sur la CTC* »).

jurisdiction. The Exchequer Court, created in 1875, initially had limited jurisdiction: it could hear certain claims against the Crown, and eventually, claims relating to patents, copyrights, public lands, and railway debts (*The Supreme and Exchequer Court Act*, S.C. 1875, c. 11; *Exchequer Court Act*, R.S.C. 1970, c. E-11, ss. 17 to 30). During the 20th century, however, it became apparent that the Exchequer Court could not deal with many matters that transcended provincial boundaries, and that confusion, inconsistency, and expense tended to accompany litigation of these national matters in the provincial superior courts.

[78] These problems prompted Parliament in 1970 to replace the Exchequer Court with the Federal Court, and to expand the Federal Court's jurisdiction (*Federal Court Act*, S.C. 1970-71-72, c. 1). According to the Minister of Justice, the Federal Court was designed to achieve two objectives: first, ensuring that members of the public would "have resort to a national court exercising a national jurisdiction when enforcing a claim involving matters which frequently involve national elements"; and second, making it possible for "litigants who may often live in widely different parts of the country to [have] a common and convenient forum in which to enforce their legal rights" (*House of Commons Debates*, vol. V, 2nd Sess., 28th Parl., March 25, 1970, at p. 5473).

[79] These purposes are better served by a broad construction of the Federal Court's jurisdiction. We acknowledge that the Federal Court is not without jurisdictional constraints. A broad construction of the Federal Court's statutory grant of jurisdiction cannot exceed Parliament's constitutional limits and intrude on provincial spheres of competence. In *ITO*, this Court set out a test for determining the Federal Court's jurisdiction, of which a statutory grant of jurisdiction forms only a part. It is the second and third elements of the *ITO* test, which we discuss below, that ensure that constitutional limits are respected (*Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, at paras. 40 and

compétence étendue. La Cour de l'Échiquier du Canada, qui a été créée en 1875, possédait au départ une compétence limitée : elle pouvait entendre certaines demandes présentées contre la Couronne et, par la suite, des demandes relatives aux brevets, aux droits d'auteur, aux terres publiques et aux dettes des compagnies de chemin de fer (*Acte de la Cour Suprême et de l'Échiquier*, S.C. 1875, c. 11; *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1970, c. E-11, art. 17 à 30). Au cours du XX<sup>e</sup> siècle, toutefois, il est devenu évident que la Cour de l'Échiquier ne pouvait pas traiter de nombreuses questions qui débordaient les frontières provinciales, et que les litiges relatifs à ces questions d'envergure nationale portés devant les cours supérieures provinciales tendaient à entraîner la confusion, l'incohérence et des coûts élevés.

[78] Ces problèmes ont incité le Parlement, en 1970, à remplacer la Cour de l'Échiquier par la Cour fédérale, et à élargir la compétence de cette dernière (*Loi sur la Cour fédérale*, S.C. 1970-71-72, c. 1). Selon le ministre de la Justice, la Cour fédérale fut créée pour atteindre deux objectifs : premièrement, faire en sorte que les particuliers puissent « recourir à une cour nationale exerçant une [compétence] nationale, pour faire valoir une réclamation concernant des questions qui comportent souvent des éléments nationaux »; deuxièmement, permettre aux « plaignants, qui demeurent parfois dans des régions fort éloignées l'une de l'autre, [de trouver] là un forum commun et commode pour faire valoir leurs droits légitimes » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 2<sup>e</sup> sess., 28<sup>e</sup> lég., 25 mars 1970, p. 5473).

[79] Une interprétation large de la compétence de la Cour fédérale favorise davantage la réalisation de ces objectifs. Nous reconnaissons que la compétence de la Cour fédérale comporte des restrictions. Une interprétation large de l'attribution législative de compétence à la Cour fédérale ne peut aller au-delà des limites constitutionnelles du Parlement et empiéter sur les domaines de compétence des provinces. Dans *ITO*, la Cour a établi un critère pour déterminer la compétence de la Cour fédérale, au sein duquel l'attribution législative de compétence ne constitue qu'un volet. Ce sont les deuxième et troisième volets du critère de l'arrêt *ITO*, que nous aborderons plus loin, qui garantissent le respect

43). A broad interpretation of a statutory grant of jurisdiction — like s. 23 — is therefore not at risk of placing the Federal Court outside its constitutional constraints. We now turn to the main issue in this case: whether the Federal Court has jurisdiction over the Canadian Transit Company’s application.

## II. Identifying the Essential Nature of the Case Is Not Necessary

[80] Our colleague considers it necessary, as a preliminary step in the analysis, to characterize the essential nature of the case. With respect, we see no such need. Our jurisprudence, through the test established in *ITO*, already provides a comprehensive framework of analysis for determining whether the Federal Court has jurisdiction — and characterizing the essential nature of the case forms no part of it, nor does it do any work in answering the jurisdictional question presented by this appeal. What matters is only whether there is a statutory grant of jurisdiction, whether federal law is essential to the disposition of the case, and whether the law is validly federal.

[81] To be clear, identifying the essential character of a claim is not answering the same question as that posed at the second step of the *ITO* test — whether federal law is essential to the disposition of the case. The “essential nature of the claim” is about the ultimate outcome sought by the claimant — in other words, what is the claim for or all about? The question of whether federal law is essential to the disposition of the case looks more to the analysis — how will the case be decided, and what law will need to be applied? The two questions may yield different answers, and as a result, should be kept distinct.

[82] Not only is the characterization exercise unnecessary, it does not belong in the *ITO* test. Rather, the character of the case is relevant to a different question: Where the Federal Court has jurisdiction, should it exercise it? This Court commented on the

des limites constitutionnelles (*Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, par. 40 et 43). Une interprétation large d’une attribution législative de compétence — comme l’art. 23 — ne risque donc pas de placer la Cour fédérale en dehors de ses restrictions constitutionnelles. Nous abordons maintenant la principale question en litige dans la présente affaire : celle de savoir si la Cour fédérale a compétence à l’égard de la demande de la société The Canadian Transit Company (« Société »).

## II. Il n’est pas nécessaire de dégager l’essence de l’affaire

[80] Notre collègue considère qu’une étape préliminaire de l’analyse consiste à qualifier l’essence de l’affaire. Avec égards, cette étape ne nous paraît pas nécessaire. Par le critère établi dans l’arrêt *ITO*, la jurisprudence de la Cour fournit déjà un cadre d’analyse complet afin de déterminer si la Cour fédérale a compétence — et la qualification de l’essence de l’affaire ne fait pas partie de ce cadre, et n’aide pas non plus à répondre à la question de compétence soumise dans le cadre du présent pourvoi. Ce qui importe, c’est seulement de savoir s’il existe une attribution législative de compétence, si le droit fédéral est essentiel à la solution du litige et si la loi en cause est une loi fédérale valide.

[81] Précisons que, en déterminant l’essence d’une demande, on ne répond pas à la question posée au deuxième volet du critère de l’arrêt *ITO* — à savoir si le droit fédéral est essentiel à la solution du litige. « L’essence de la demande » concerne le résultat ultime visé par le demandeur — en d’autres mots, quel est le but de la demande ou en quoi consiste-t-elle? La question de savoir si le droit fédéral est essentiel à la solution du litige relève davantage de l’analyse — comment l’affaire sera-t-elle jugée, et quelles règles de droit devront être appliquées? Les deux questions peuvent aboutir à des réponses différentes et, par conséquent, elles devraient rester distinctes.

[82] Non seulement la qualification de la demande n’est pas une démarche nécessaire, mais elle n’est pas un volet du critère *ITO*. Le caractère de l’affaire est plutôt pertinent à l’égard d’une autre question : dans un cas où la Cour fédérale a compétence,

essential character of the claim in *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585:

There is always a residual discretion in the inherent jurisdiction of the provincial superior court (as well as in the Federal Court under s. 50(1) of its Act), to stay the damages claim because in its essential character, it is a claim for judicial review with only a thin pretence to a private wrong. [para. 78]

Significantly, this statement went *not* to whether the Federal Court *has* jurisdiction, but to whether it *should exercise* it.

[83] Put simply, when faced with a dispute relating to its jurisdiction, the Federal Court must answer two questions: (1) whether it has jurisdiction; and (2) if so, whether to exercise it. Assuming there is a statutory grant of jurisdiction, the Federal Court's first question turns on the role that federal law will play in the case. If valid federal law plays an essential role, then the Federal Court will have jurisdiction. After all, the Federal Court exists for the better administration of the laws of Canada. It should be able to deal with claims in which the laws of Canada play an essential role in the analysis.

[84] As contemplated by this Court in *TeleZone*, however, there may be cases in which — despite the essential role of federal law — the Federal Court should nonetheless consider declining jurisdiction. This is where the claim's essential character becomes relevant. Even if federal law were essential to the disposition of a given claim, that claim might be, in its essence, a superior court claim, and this essential character would be one factor for the Federal Court to consider in determining whether *to exercise* its jurisdiction. It would not, however, be relevant to, much less determinative of, *the existence* of the Federal Court's jurisdiction.

devrait-elle l'exercer? Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585, la Cour a fait remarquer ce qui suit au sujet de l'essence de la demande :

Les cours supérieures provinciales conservent toujours, en raison de leur compétence inhérente (tout comme la Cour fédérale en vertu du par. 50(1) de la *LCF*), le pouvoir discrétionnaire résiduel de suspendre une action en dommages-intérêts au motif qu'il s'agit essentiellement d'une demande de contrôle judiciaire qui n'a que superficiellement l'apparence d'un recours délictuel de droit privé. [par. 78]

Fait important, ce propos *ne* portait *pas* sur la question de savoir si la Cour fédérale *a* compétence, mais sur celle de savoir si elle *devrait l'exercer*.

[83] Pour exprimer les choses simplement, lorsque la Cour fédérale est aux prises avec un différend relatif à sa compétence, elle doit répondre à deux questions : (1) A-t-elle compétence? (2) Dans l'affirmative, doit-elle exercer sa compétence? En supposant l'existence d'une attribution législative de compétence, la première question que pose la Cour fédérale porte sur le rôle que jouera le droit fédéral dans l'affaire. Si une règle de droit fédérale valide joue un rôle essentiel, la Cour fédérale aura compétence. Après tout, la Cour fédérale existe pour la meilleure administration des lois du Canada. Elle devrait être en mesure de juger les demandes dans lesquelles les lois du Canada jouent un rôle essentiel dans le cadre de l'analyse.

[84] Comme l'a prévu la Cour dans *TeleZone* toutefois, il peut se présenter des affaires dans lesquelles — malgré le rôle essentiel du droit fédéral — la Cour fédérale devrait néanmoins envisager la possibilité de refuser d'exercer sa compétence. C'est dans de tels cas que l'essence de la demande devient un facteur pertinent. Même si le droit fédéral est essentiel pour décider une demande donnée, il est possible que, dans son essence, la demande en question relève d'une cour supérieure, et cette essence serait alors un facteur à considérer par la Cour fédérale pour décider si elle devait *exercer* sa compétence. Ce facteur ne serait toutefois pas pertinent, encore moins déterminant, quant à *l'existence* de la compétence de la Cour fédérale.

[85] That said, even if the claim's essential character were relevant, we do not agree with our colleague's characterization of it. The relief claimed by the Company takes the form of four declarations: (1) a declaration that the Ambassador Bridge is a federal undertaking; (2) a declaration that the Company has, pursuant to its enabling legislation (the *CTC Act*), the authority to purchase, lease and otherwise acquire lands for the purpose of the Ambassador Bridge; (3) a declaration that, as a result, the impugned *Property Standards By-law*, City of Windsor By-law No. 147-2011, does not apply to the properties purchased, leased, or otherwise acquired and held by the Company pursuant to its enabling legislation; and (4) a declaration that certain properties purchased by the Company are necessary for the continued operation and maintenance of the Ambassador Bridge. Two points follow from this.

[86] First, it is a mistake, in our view, to focus as our colleague does on only one of the declarations sought by the Company. Doing so turns the application into a one-sided coin. *Each* of the declarations sought is essential to the Company's application. In order to decide whether to grant declaration (3) — which our colleague considers to be the essence of the application (para. 29) — a court must consider and decide the questions raised by all other declarations sought. And, since each of those declarations will play a central role in the proceedings, they cannot be ignored in discerning “the essence” of the claim. To be clear, however, we reiterate that “the essence” of a claim, understood as our colleague has stated it, has no relevance to whether the Federal Court has jurisdiction over that claim.

[87] Second, in characterizing the essence of the Company's claim, our colleague, at least implicitly, impugns the Company's motives (since she says that none of the other declarations “would be worthwhile pursuing in the absence of the third declaration” (para. 29)). It is helpful, however, to consider the City's response to the relief sought

[85] Cela dit, même si l'essence de la demande était pertinente, nous ne sommes pas d'accord avec le qualificatif que lui donne notre collègue. La réparation que sollicite la Société prend la forme de quatre déclarations : (1) une déclaration portant que le pont Ambassador constitue un ouvrage fédéral; (2) une déclaration portant que la Société possède, en vertu de sa loi habilitante (la *Loi sur la CTC*), le droit d'acheter, louer ou autrement acquérir des terrains pour les besoins du pont Ambassador; (3) une déclaration portant que, par conséquent, le règlement contesté, le règlement 147-2011 de la City of Windsor (« Ville ») intitulé *Property Standards By-law*, ne s'applique pas aux propriétés achetées, louées ou autrement acquises et possédées par la Société conformément à sa loi habilitante; et (4) une déclaration portant que certaines propriétés achetées par la Société sont nécessaires pour l'exploitation et l'entretien continu du pont Ambassador. Deux constatations découlent de ce qui précède.

[86] Premièrement, constitue selon nous une erreur le fait de se concentrer, comme le fait notre collègue, sur une seule des déclarations demandées par la Société. Cette approche ne révèle qu'un seul côté de la médaille. *Chacune* des déclarations sollicitées est essentielle à la demande de la Société. Afin de décider s'il y a lieu de prononcer la troisième déclaration — que notre collègue considère comme constituant l'essence de la demande (par. 29) — le tribunal doit examiner et trancher les questions soulevées par toutes les autres déclarations sollicitées. Et, puisque chacune de ces déclarations jouera un rôle central dans l'instance, on ne peut en faire abstraction pour la détermination de « l'essence » de la demande. Cependant, nous réitérons que « l'essence » d'une demande, comme l'a énoncé notre collègue, ne constitue aucunement un facteur pertinent quant à savoir si la Cour fédérale a compétence pour entendre cette demande.

[87] Deuxièmement, en qualifiant l'essence de la demande de la Société, notre collègue porte, du moins de façon implicite, un jugement sur les motifs de la Société (puisque'elle affirme qu'aucune des autres déclarations ne « vaudrai[t] la peine d'être sollicité[e] en l'absence de la troisième déclaration » (par. 29)). Toutefois, il est utile d'examiner

by the Company. The City is not alleging that the application is frivolous, vexatious, or an abuse of process. Rather, the City has brought a motion to strike, alleging it is plain and obvious that the Federal Court lacks jurisdiction to hear the Company's application. Even assuming, therefore, that the Company's motives in bringing the application are discernible, such motives are, in the context of this jurisdiction inquiry, irrelevant.

[88] We turn now to the application of the *ITO* test to this case.

### III. The *ITO* Test Is Met

[89] The test to determine whether the Federal Court has jurisdiction was established by this Court in *ITO*. The *ITO* test has three branches: (1) there must be a statutory grant of jurisdiction to the Federal Court; (2) federal law must be essential to the disposition of the case; and (3) the law at issue must be validly federal.

[90] We will deal first with the statutory grant of jurisdiction to the Federal Court, which in our view, is made out under s. 23(c) of the *Federal Courts Act*. We then explain why federal law — namely, the *CTC Act* — is essential to the disposition of the Company's application. And because the *CTC Act* is valid federal law, the third branch of the *ITO* test is met here as well.

#### A. *Section 23(c) of the Federal Courts Act Grants Jurisdiction*

[91] Our colleague concludes that the first branch of the *ITO* test is not met because there is no valid statutory grant of jurisdiction. With respect, we do not agree. In our view, the Company has pleaded sufficient jurisdictional facts to establish that relief is sought “under an Act of Parliament”. It follows that s. 23(c) of the *Federal Courts Act* provides the necessary statutory grant of jurisdiction.

la réponse avancée par la Ville à l'égard de la réparation que sollicite la Société. La Ville n'allègue pas que la demande est frivole ou vexatoire, ou qu'elle constitue un abus de procédure. La Ville a plutôt présenté une requête en radiation, dans laquelle elle plaide qu'il est évident et manifeste que la Cour fédérale n'a pas compétence pour entendre la demande de la Société. Donc, même en supposant que les motifs de la Société pour introduire la demande soient perceptibles, ces motifs ne sont pas pertinents dans le contexte de la présente analyse relative à la compétence.

[88] Nous abordons maintenant l'application du critère de l'arrêt *ITO* à la présente affaire.

### III. Il est satisfait au critère *ITO*

[89] Le critère servant à déterminer si la Cour fédérale a compétence a été établi par la Cour dans l'arrêt *ITO*. Ce critère comporte trois volets : (1) il doit y avoir attribution législative de compétence à la Cour fédérale; (2) le droit fédéral doit être essentiel à la solution du litige; et (3) la règle de droit en cause doit être une règle de droit fédérale valide.

[90] Nous examinerons en premier lieu l'attribution législative de compétence à la Cour fédérale qui, à notre avis, est prévue à l'al. 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Nous expliquerons ensuite pourquoi la règle de droit fédérale — la *Loi sur la CTC* — est essentielle pour décider la demande de la Société. Et, parce que la *Loi sur la CTC* est une loi fédérale valide, il est de même satisfait au troisième volet du critère *ITO*.

#### A. *L'alinéa 23c) de la Loi sur les Cours fédérales est attributif de compétence*

[91] Notre collègue conclut qu'il n'est pas satisfait au premier volet du critère *ITO*, parce qu'il n'y a pas d'attribution législative valide de compétence. Avec égards, nous ne sommes pas d'accord. À notre avis, les faits liés à la compétence que plaide la Société sont suffisants pour établir qu'une réparation est demandée « sous le régime d'une loi fédérale ». Par conséquent, l'al. 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit l'attribution législative de compétence nécessaire.

[92] There are three crucial elements for s. 23(c) to amount to the required statutory grant of jurisdiction under the first branch of the *ITO* test: (1) there must be a “claim for relief” or a “remedy . . . sought”; (2) the relief or remedy claimed must be “under an Act of Parliament or otherwise”; and (3) it must be claimed “in relation to any matter coming within . . . the following classes of subjects [namely] works and undertakings connecting a province with any other province or extending beyond the limits of a province” (*Federal Courts Act*, s. 23). The City does not contest that the Company has claimed relief (thus meeting s. 23(c)’s first element), and that its claim is in relation to a work or undertaking extending beyond the limits of a province — namely the Ambassador Bridge, connecting Canada with the United States (relating to the third element of s. 23(c)). The only issue in terms of the statutory grant of jurisdiction is whether this claim was made “under an Act of Parliament or otherwise in relation to” this international work or undertaking, which is necessary to meet the second element of s. 23(c) of the *Federal Courts Act*. In our view, the Company’s claim satisfies this requirement.

[93] Our colleague concludes that s. 23(c) only confers jurisdiction where “the claimant is seeking relief under federal law” (para. 41). In her view, if the “cause of action or right to seek relief is not created or recognized by federal law”, then s. 23(c) does not confer jurisdiction on the Federal Court (para. 42). With respect, we do not agree with such a narrow reading of this provision.

[94] In our view, a federal statute need not expressly create a cause of action for jurisdiction to exist under s. 23(c). A claim is made under an Act of Parliament for the purpose of s. 23 “when that statute is the law which, assuming the claim to be well founded, would be the source of the plaintiff’s right” (*Bensol Customs Brokers Ltd. v. Air Canada*, [1979] 2 F.C. 575 (C.A.), at p. 579). It is sufficient if the relief sought is intimately related to rights and obligations conferred by an Act of Parliament, even

[92] Pour que l’al. 23c) exprime l’attribution législative de compétence requise au titre du premier volet du critère *ITO*, trois éléments cruciaux doivent être présents : (1) il doit y avoir une « demande de réparation » ou un « autre recours exercé »; (2) la réparation demandée ou le recours exercé doivent l’être « sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit »; (3) la réparation doit être demandée ou le recours exercé « en matière [. . .] d’ouvrages reliant une province à une autre ou s’étendant au-delà des limites d’une province » (*Loi sur les Cours fédérales*, art. 23). La Ville ne conteste pas le fait que la Société a demandé une réparation (satisfaisant ainsi au premier élément de l’al. 23c)), et que sa demande est relative à un ouvrage reliant une province à une autre ou s’étendant au-delà des limites d’une province — à savoir le pont Ambassador qui relie le Canada aux États-Unis (pour ce qui est du troisième élément de l’al. 23c)). La seule question en litige en ce qui concerne l’attribution législative de compétence est de savoir si cette demande a été présentée « sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit en matière » de cet ouvrage international, ce qui est nécessaire pour satisfaire au deuxième élément de l’al. 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Nous sommes d’avis que la demande de la Société satisfait à cette condition.

[93] Notre collègue conclut que l’al. 23c) attribue compétence seulement lorsque « le demandeur sollicite une réparation sous le régime du droit fédérale » (par. 41). À son avis, si la « cause d’action du demandeur ou son droit de solliciter une réparation n’est pas créé ou reconnu par le droit fédéral », alors l’al. 23c) ne confère pas compétence à la Cour fédérale (par. 42). Soit dit en tout respect, nous ne souscrivons pas à une interprétation à ce point étroite de la disposition.

[94] À notre avis, il n’est pas nécessaire qu’une loi fédérale crée expressément une cause d’action pour que la compétence existe sous le régime de l’al. 23c). Pour les besoins de l’art. 23, une demande est présentée sous le régime d’une loi fédérale « lorsque cette loi serait, si la demande était fondée, la source du droit du demandeur » (*Bensol Customs Brokers Ltd. c. Air Canada*, [1979] 2 C.F. 575 (C.A.), p. 579). Il suffit que la réparation sollicitée soit intimement liée aux droits et obligations conférés par une loi

if the relief ultimately flows from a different legal source. As such, if the claim for relief is related to a federal work or undertaking and the rights that the claimant seeks to enforce arise from an Act of Parliament, then s. 23(c) confers a statutory grant of jurisdiction on the Federal Court.

[95] For example, in *Canadian Pacific Ltd. v. United Transportation Union*, [1979] 1 F.C. 609 (C.A.), the Federal Court of Appeal found that the first portion of s. 23 was satisfied in a claim relating to labour relations in an interprovincial work or undertaking because the claim was “brought in respect of collective agreements deriving their legal character from the *Canada Labour Code*” (p. 619). Similarly, in *Bensol Customs Brokers*, the Federal Court of Appeal also held that s. 23 was satisfied, where the plaintiff acquired its cause of action by subrogation — a doctrine governed by provincial law — because the *Carriage by Air Act*, R.S.C. 1985, c. C-26, was the source of the defendant’s liability. In other cases, the Federal Court has found jurisdiction where an Act of Parliament confers a right or obligation on an entity and the entity (or another party) seeks to enforce that right or obligation (see, e.g., *Federal Liberal Agency of Canada v. CTV Television Network Ltd.*, [1989] 1 F.C. 319 (T.D.) (jurisdiction to grant an interlocutory injunction existed due to a statutory obligation imposed on the defendant)).

[96] Requiring a federal statute to expressly create a cause of action before jurisdiction may be founded under s. 23 is, in our view, unduly narrow and inconsistent with Parliament’s intent in creating the Federal Court. It is unduly narrow because all laws define rights, obligations, and liabilities, which are enforceable by the courts regardless of the degree of detail Parliament chose to use in spelling them out (S. A. Scott, “Canadian Federal Courts and the Constitutional Limits of Their Jurisdiction” (1982), 27 *McGill L.J.* 137, at p. 186). The Federal Court has jurisdiction to enforce federally created rights or obligations in a claim relating to an international work or undertaking — and the jurisdiction of the court does not hinge on express language conferring remedies by which those rights or obligations may

fédérale, même si la réparation découle, en fin de compte, d’une source juridique différente. Ainsi, si la demande de réparation est liée à un ouvrage fédéral et les droits que le demandeur cherche à faire respecter découlent d’une loi fédérale, l’al. 23c) confère alors compétence à la Cour fédérale.

[95] Par exemple, dans *Canadien Pacifique Ltée c. Travailleurs unis des transports*, [1979] 1 C.F. 609 (C.A.), la Cour d’appel fédérale a conclu que, dans des demandes liées aux relations de travail dans le cadre d’un ouvrage interprovincial, il avait été satisfait à la première partie de l’art. 23 parce que les demandes avaient été « intentées relativement à des conventions collectives tirant leur caractère juridique du *Code canadien du travail* » (p. 619). De même, dans *Bensol Customs Brokers*, la Cour d’appel fédérale a également conclu qu’il était satisfait à l’art. 23, alors que la demanderesse avait acquis sa cause d’action par subrogation — une doctrine régie par le droit provincial — parce que la *Loi sur le transport aérien*, L.R.C. 1985, c. C-26, était la source de la responsabilité de la défenderesse. Dans d’autres décisions, la Cour fédérale a conclu qu’elle avait compétence lorsqu’une loi fédérale conférait un droit ou une obligation à une entité et que cette entité (ou une autre partie) cherchait à faire respecter ce droit ou cette obligation (voir, par ex., *Agence libérale fédérale du Canada c. CTV Television Network Ltd.*, [1989] 1 C.F. 319 (1<sup>re</sup> inst.) (la compétence pour accorder une injonction interlocutoire découle d’une obligation législative imposée à la défenderesse)).

[96] Le fait d’exiger qu’une loi fédérale crée expressément une cause d’action avant de conclure à l’existence de la compétence sous le régime de l’art. 23 constitue, à notre avis, une interprétation indûment étroite et incompatible avec l’intention du législateur lorsqu’il a institué la Cour fédérale. Il s’agit d’une interprétation indûment étroite parce que toutes les lois prévoient des droits, des obligations et des responsabilités, qui sont exécutoires en justice, sans égard au degré de détail que le législateur fédéral a choisi d’employer dans leur libellé (S. A. Scott, « Canadian Federal Courts and the Constitutional Limits of Their Jurisdiction » (1982), 27 *R.D. McGill* 137, p. 186). La Cour fédérale a compétence pour faire respecter les droits et obligations créés par une loi fédérale dans le cadre d’une demande relative à

be enforced. Once these rights and obligations arise from a federal statute, a claim that seeks to enforce them is one that is made “under” that federal statute for the purpose of s. 23.

[97] This broad interpretation is also consistent with Parliament’s original purpose in enacting s. 23, which was to provide a national forum that could adjudicate on national issues. Taking an unduly restrictive interpretation of the phrase “under an Act of Parliament” frustrates this purpose, as it will inevitably require claimants to go to provincial superior courts to enforce some of their federally created rights and obligations, while others may be enforced in the Federal Court.

[98] Our colleague asserts that a broad reading of s. 23 would lead to increased litigation over jurisdictional issues (para. 48). We respectfully disagree. A broad reading of s. 23 *avoids* jurisdictional disputes by allowing for sufficient overlap between the Federal Court and superior courts. Claimants can simply choose the court that is more likely to give them quicker and less expensive justice. Conversely, a narrow construction of s. 23 would lead to jurisdictional disputes. It would add unnecessary complexity to litigation, along with attendant delays and costs while the litigants do battle over whether their case falls within or outside the concurrent jurisdiction of the federal and superior courts. These concerns are particularly acute, since a narrow reading of the Federal Court’s concurrent jurisdiction may result in some issues being litigated in a superior court, while others are litigated in the Federal Court, leading to the conundrum described in *Pacific Western Airlines Ltd. v. The Queen*, [1979] 2 F.C. 476 (T.D.):

un ouvrage international — et la compétence de la cour ne repose pas sur un libellé exprès conférant des recours en vue d’assurer le respect de ces droits ou obligations. Dès lors que ces droits et obligations découlent d’une loi fédérale, une demande en vue d’en assurer le respect est présentée « sous le régime » de cette loi fédérale pour les besoins de l’art. 23.

[97] Cette interprétation large est également compatible avec l’objectif recherché à l’origine par le législateur en édictant l’art. 23, soit d’établir un tribunal national pouvant statuer sur des questions d’intérêt national. Le fait de donner une interprétation indûment restrictive à l’expression « sous le régime d’une loi fédérale » entrave la réalisation de cet objectif, puisque cela exigera inévitablement des demandeurs qu’ils s’adressent aux cours supérieures des provinces pour obtenir le respect de certains de leurs droits et obligations de création fédérale, alors que d’autres peuvent être exécutoires devant la Cour fédérale.

[98] Notre collègue affirme qu’une interprétation large de l’art. 23 entraînerait une multiplication des litiges en matière de compétence (par. 48). Soit dit en tout respect, nous ne sommes pas d’accord. Une interprétation large de l’art. 23 *évite* les litiges en matière de compétence en permettant que la compétence de la Cour fédérale et celle des cours supérieures se chevauchent dans une mesure suffisante. Les demandeurs peuvent simplement choisir le tribunal le plus susceptible de leur rendre justice de façon plus expéditive et moins onéreuse. À l’inverse, une interprétation restrictive de l’art. 23 mènerait à des litiges en matière de compétence. Elle rendrait les litiges inutilement plus complexes, avec les retards et les frais afférents, alors que les plaideurs débattent de la question de savoir si leur affaire relève ou non de la compétence concurrente des cours fédérale et supérieures. Ces préoccupations sont particulièrement graves, puisqu’une interprétation restrictive de la compétence concurrente de la Cour fédérale peut faire en sorte que certaines questions soient soumises à une cour supérieure, pendant que d’autres sont débattues devant la Cour fédérale, ce qui conduit au casse-tête décrit dans *Pacific Western Airlines Ltd. c. La Reine*, [1979] 2 C.F. 476 (1<sup>re</sup> inst.) :

The plaintiffs, if they wish to continue against all defendants, must pursue their remedy in more than one court. Multiplication of proceedings raises the spectre of different results in different courts. The plaintiffs then face the question, in respect of the defendants, other than the Crown: the court of which province, or perhaps more than one province? . . .

The situation is lamentable. There are probably many other persons who have claims arising out of this air disaster. The jurisdictional perils must be, to all those potential litigants, mystifying and frightening. [p. 490]

Therefore, s. 23 should be construed broadly to ensure that, if the claim for relief is related to a federal work or undertaking and the rights being enforced arise from an Act of Parliament, the claimants may approach the Federal Court.

[99] In this case, the rights the Company seeks to enforce are sourced in two separate Acts of Parliament, both of which are essential to the ultimate relief sought by the Company.

[100] The first declaration claimed by the Company seeks to establish that the Ambassador Bridge is a federal work or undertaking. The *CTC Act* and the *International Bridges and Tunnels Act*, S.C. 2007, c. 1, are the source of the Company's right in this respect: s. 2 of the *CTC Act* declares the works and undertakings of the Company to be "for the general advantage of Canada", while s. 5 of the *International Bridges and Tunnels Act* states that all "[i]nternational bridges and tunnels are declared to be works for the general advantage of Canada."

[101] The second and fourth declarations relate to the Company's power to purchase, lease, and maintain land for the general maintenance of the Ambassador Bridge. This power is sourced in s. 8(e) of the *CTC Act*, which states:

8. Subject to the provisions of *The Railway Act, 1919*, and of the *Navigable Waters' Protection Act*, the Company may, —

Les demanderesse, si elles désirent continuer à agir contre tous les défendeurs, doivent le faire devant plusieurs juridictions. La multiplication des instances soulève le spectre de résultats différents selon les juridictions. Les demanderesse doivent aussi répondre à la question, au sujet des défendeurs autres que la Couronne : la cour de quelle province, ou, même, de quelles provinces? . . .

Cette situation est lamentable. Il y a probablement beaucoup d'autres justiciables auxquels est ouvert un recours consécutif à cette catastrophe aérienne. Ces écueils de la compétence doivent leur paraître et nébuleux et iniques. [p. 490]

En conséquence, l'art. 23 devrait recevoir une interprétation large de sorte que les demandeurs puissent s'adresser à la Cour fédérale si la demande de réparation a trait à un ouvrage fédéral et les droits que l'on veut faire respecter découlent d'une loi fédérale.

[99] En l'espèce, les droits que la Société vise à faire respecter proviennent de deux lois fédérales distinctes, les deux étant essentielles à l'égard de la réparation ultime qu'elle recherche.

[100] La première déclaration que sollicite la Société vise à établir que le pont Ambassador est un ouvrage fédéral. La *Loi sur la CTC* ainsi que la *Loi sur les ponts et tunnels internationaux*, L.C. 2007, c. 1, sont la source du droit de la Société à cet égard : l'art. 2 de la *Loi sur la CTC* déclare que les travaux et l'entreprise de la Société sont « d'utilité publique au Canada », alors que l'art. 5 de la *Loi sur les ponts et tunnels internationaux* énonce que « [I]es ponts et tunnels internationaux sont déclarés être à l'avantage général du Canada. »

[101] Les deuxième et quatrième déclarations ont trait au pouvoir de la Société d'acheter, louer et entretenir des terrains pour l'entretien général du pont Ambassador. Ce pouvoir trouve sa source dans l'al. 8(e) de la *Loi sur la CTC*, qui énonce ce qui suit :

8. Subordonnément aux dispositions de la *Loi des chemins de fer, 1919*, et de la *Loi de la protection des eaux navigables*, la Compagnie peut

- (e) and the Company may purchase, lease or otherwise acquire and hold lands for the bridge, tracks, terminal yards, accommodation works and facilities, and construct and erect and maintain buildings and other structures required for the convenient working of traffic to, from and over the said bridge, and for said lines of railway as the Company thinks necessary for any of the said purposes;

[102] The third declaration seeks to establish that municipal bylaws are inapplicable to the impugned properties. It is true, of course, that the ultimate source of the Company's right to the relief sought in the third declaration is the constitutional doctrine of interjurisdictional immunity,<sup>4</sup> but its right to the relief claimed is equally tied to the *CTC Act* and to the *International Bridges and Tunnels Act*. The Company's right to acquire the properties and maintain the bridge, if proven, arises out of the *CTC Act*. And the status of the Ambassador Bridge as a federal work or undertaking arises out of the *International Bridges and Tunnels Act*. These provisions are the statutory source of the Company's right to claim relief from the alleged unconstitutional application of municipal bylaws to its properties.

[103] The entire purpose of the constitutional relief sought by the Company is to allow it to exercise the rights conferred on it by Parliament without impairment — in other words, to restore the proper constitutional state of affairs. In our view, all four declarations sought by the Company are sufficiently tied to rights and obligations conferred by federal statutes to meet the requirement under s. 23(c), that the claim for relief be brought “under an Act of Parliament”. There is, therefore, no basis to strike the claim in this regard.

<sup>4</sup> Before this Court and the Federal Court of Appeal, the Company also raised the constitutional doctrine of paramountcy. However, the Company's notice of application before the Federal Court does not clearly raise paramountcy concerns. Accordingly, we have limited our analysis here to interjurisdictional immunity. That said, our conclusions would not change if a paramountcy argument formed part of the Company's application.

- (e) et la Compagnie peut acheter, louer ou autrement acquérir et posséder des terrains pour le pont, les voies, les parcs de tête de ligne, les ouvrages et installations nécessaires, et construire et ériger et entretenir des édifices et autres structures nécessaires pour la mise en service convenable du trafic jusqu'au pont, venant du pont, et sur le pont, et pour lesdites lignes de chemin de fer, suivant que la Compagnie le croit nécessaire pour l'un quelconque desdits objets;

[102] La troisième déclaration vise à établir que les règlements municipaux sont inapplicables aux propriétés en cause. Il est certes vrai que la source ultime du droit de la Société à la réparation demandée dans la troisième déclaration est la doctrine constitutionnelle de l'exclusivité des compétences<sup>4</sup>, mais son droit à cette réparation est également lié à la *Loi sur la CTC* et à la *Loi sur les ponts et tunnels internationaux*. Le droit de la Société d'acquérir les propriétés et d'entretenir le pont, s'il est prouvé, découle de la *Loi sur la CTC*. Et le statut du pont Ambassador en tant qu'ouvrage fédéral découle de la *Loi sur les ponts et tunnels internationaux*. Ces dispositions constituent la source législative du droit de la Société de réclamer réparation pour l'application, selon elle inconstitutionnelle, de règlements municipaux à ses propriétés.

[103] L'objet entier de la réparation constitutionnelle sollicitée par la Société est de lui permettre d'exercer les droits que lui a conférés le législateur, et ce, sans entrave — en d'autres mots, de restaurer l'état de fait constitutionnel approprié. À notre avis, les quatre déclarations que demande la Société sont toutes suffisamment liées à des droits et obligations conférés par des lois fédérales pour satisfaire à l'exigence prévue à l'al. 23c), soit que la demande de réparation soit présentée « sous le régime d'une loi fédérale ». La radiation de la demande à cet égard ne repose donc sur aucun fondement.

<sup>4</sup> La Société a aussi soulevé, devant la Cour ainsi que la Cour d'appel fédérale, la doctrine constitutionnelle de la prépondérance fédérale. Toutefois, l'avis de demande que la Société a présenté à la Cour fédérale n'évoque pas clairement d'enjeux relativement à la prépondérance. Nous avons donc restreint notre analyse en l'espèce à l'exclusivité des compétences. Cela dit, nos conclusions ne changeraient pas si la Société avait soulevé un argument fondé sur la prépondérance fédérale dans sa demande.

[104] In concluding our analysis on s. 23, we note that the parties' submissions also touched upon the "or otherwise" portion of s. 23 ("under an Act of Parliament or otherwise"). This was interpreted by Laskin C.J. in *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054, at pp. 1065-66, as requiring "applicable and existing federal law" in order to ground the Federal Court's jurisdiction thereunder and to properly confine it to the bounds of s. 101 of the *Constitution Act, 1867*. While it is not necessary for us to decide whether this furnishes an additional basis for concluding that the Company's claim for declaratory relief satisfies s. 23, we simply observe that the subsisting authority of *Quebec North Shore* on this point is not obvious, since Laskin C.J.'s concern for "applicable and existing federal law" is now addressed by the second and third elements of the *ITO* test. Further, Laskin C.J.'s interpretation relied in part on his analysis of the French version of s. 23 and in particular of the French version of "or otherwise", which has been amended from "*ou autrement*" to "*ou d'une autre règle de droit en matière*" — which also suggests that *Quebec North Shore*'s gloss on s. 23 is now otiose.

B. *The CTC Act Plays an Essential Role in the Outcome of the Case*

[105] The second step of the *ITO* test is satisfied if there is "an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction" (*ITO*, at p. 766). As we have explained above, the second step of the *ITO* test serves to ensure that the Federal Court does not overstep its constitutionally limited role, as per s. 101 of the *Constitution Act, 1867*. In our view, federal law, namely the *CTC Act*, plays a central role in the disposition of this case, and the Federal Court has jurisdiction over this claim.

[104] En concluant notre analyse relative à l'art. 23, signalons que les parties traitent aussi dans leurs observations de l'expression « ou d'une autre règle de droit » qui figure à cet article (« sous le régime d'une loi fédérale ou d'une autre règle de droit »). Dans *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054, p. 1065-1066, le juge en chef Laskin a exprimé l'avis que cette expression exige « l'existence d'une législation fédérale applicable » pour fonder la compétence attribuée par cette disposition à la Cour fédérale et pour la circonscrire à juste titre à l'intérieur des limites de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Bien que nous n'ayons pas à décider si cela constitue une autre raison de conclure que la demande de jugement déclaratoire présentée par la Société satisfait aux exigences de l'art. 23, nous faisons simplement remarquer qu'aujourd'hui, la pertinence de la règle tirée de *Quebec North Shore* n'est guère évidente, car les deuxième et troisième volets du critère de l'arrêt *ITO* traitent dorénavant de l'importance qu'attache le juge en chef Laskin à « l'existence d'une législation fédérale applicable ». De plus, l'interprétation retenue par le juge en chef Laskin s'appuie en partie sur son analyse de la version française de l'art. 23, où notamment l'expression « ou autrement » a été remplacée par « ou d'une autre règle de droit en matière », ce qui donne aussi à penser que les observations relatives à l'art. 23 faites dans *Quebec North Shore* sont maintenant superflues.

B. *La Loi sur la CTC joue un rôle essentiel dans la solution du litige*

[105] Il est satisfait au deuxième volet du critère *ITO* s'il « exist[e] un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence » (*ITO*, p. 766). Comme nous l'avons déjà expliqué, la deuxième étape du critère *ITO* permet de confirmer que la Cour fédérale n'outrepasse pas son rôle limité sur le plan constitutionnel, aux termes de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À notre avis, le droit fédéral, à savoir la *Loi sur la CTC*, joue un rôle central dans la solution du présent litige, et la Cour fédérale a compétence pour juger la présente demande.

[106] The Federal Court, the Federal Court of Appeal and this Court have used different expressions when determining whether the role of federal law supports a finding of federal jurisdiction. Writing for the Federal Court of Appeal in this case, Stratas J.A. summarized them as follows (2015 FCA 88, [2016] 1 F.C.R. 265, at para. 39):

Different cases use different words and approaches to describe the degree of federal law that is sufficient. *ITO—International Terminal Operators*, above, inquires into whether provincial law is only “incidentally necessary” to the federal law in the case (at pages 781-782). Other authorities start with the federal law and ask whether it bears upon the case. For example, one formulation is whether “the rights and obligations of the parties are to be determined to some material extent by federal law” or whether the cause of action “is one affected” by federal law: *Bensol Customs Brokers Ltd. v. Air Canada*, [1979] 2 F.C. 575 (C.A.), at page 583. Yet another formulation is whether “the federal statute has an important part to play in determining the rights of the parties”: *R. v. Montreal Urban Community Transit Commission*, [1980] 2 F.C. 151, (C.A.), at page 153.

At bottom, the court must determine whether federal law will play a primary role in the outcome of the case. Where federal law provides an essential framework for the application of provincial law, the Federal Court “may apply provincial law incidentally necessary to resolve the issues” (*ITO*, at p. 781; F.C.A. reasons, at paras. 37 and 40).

[107] It is not, of course, the case that any dispute involving an undertaking that extends beyond the borders of a province, no matter how tangentially, will fall within the jurisdiction of the Federal Court. For example, no one would suggest that proceedings involving a minor offence under the *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1990, c. H.8, would fall within the Federal Court’s jurisdiction simply because the offence occurred on the Ambassador Bridge. There would be no federal law essential to the disposition of such a case. The dispute before us, however, is not merely tangentially related to federal law.

[106] La Cour fédérale, la Cour d’appel fédérale et la Cour ont employé différentes expressions pour décider si le rôle du droit fédéral permet de conclure que la Cour fédérale a compétence. S’exprimant au nom de la Cour d’appel fédérale en l’espèce, le juge Stratas les a résumées ainsi (2015 CAF 88, [2016] 1 R.C.F. 265, par. 39) :

La jurisprudence a employé différents mots et différentes méthodes pour qualifier la teneur en droit fédéral jugée suffisante. Selon la jurisprudence *ITO—International Terminal Operators*, précité, il faut rechercher si les principes « nécessaires » de droit provincial sont uniquement appliqués « accessoirement » au droit fédéral en cause dans l’affaire (aux pages 781 et 782). Parfois, la jurisprudence commence par examiner le droit fédéral et s’interroge sur son incidence sur l’affaire. Par exemple, la jurisprudence recherche parfois si « les droits et obligations des parties [devraient être] déterminés en partie par le droit fédéral » ou si la cause d’action « tire son origine du droit fédéral » (*Bensol Customs Brokers Ltd. c. Air Canada*, [1979] 2 C.F. 575 (C.A.), aux pages 582 et 583). Une autre formulation que l’on trouve est la suivante : « . . . la loi fédérale [a] un rôle important à jouer dans la détermination des droits des parties » (*R. c. Commission de transport de la communauté urbaine de Montréal*, [1980] 2 C.F. 151 (C.A.), à la page 153).

Au fond, le tribunal doit décider si le droit fédéral jouera un rôle principal dans la solution du litige. Lorsque le droit fédéral fournit un cadre essentiel pour l’application du droit provincial, la Cour fédérale « peut appliquer accessoirement le droit provincial nécessaire à la solution des points litigieux » (*ITO*, p. 781; motifs de la C.A.F., par. 37 et 40).

[107] Bien entendu, cela ne signifie pas que la Cour fédérale aura compétence à l’égard de tout litige lié à un ouvrage qui s’étend au-delà des limites d’une province, si indirect que ce soit ce lien. Par exemple, nul ne laisserait entendre qu’une instance relative à une infraction mineure au *Code de la route*, L.R.O. 1990, c. H.8, relèverait de la compétence de la Cour fédérale simplement parce que l’infraction aurait été commise sur le pont Ambassador. Il n’y aurait aucune règle de droit fédérale essentielle à la solution d’une telle affaire. Le litige dont nous sommes saisis, cependant, n’est pas simplement indirectement lié au droit fédéral.

[108] Two interrelated questions are at the heart of this dispute, both of which are intimately tied to the *CTC Act*: First, do the properties purchased by the Company form part of the “federal work or undertaking” of the Ambassador Bridge? If not, the Company’s claim will fail because the properties are not subject to any immunity from local regulation that the Company and the Ambassador Bridge may enjoy. If the properties do form part of the federal work or undertaking, then a second question arises: Are those properties immune from the municipal bylaw based on the doctrine of interjurisdictional immunity?

[109] The first question revolves around the scope of federal jurisdiction over federal works and undertakings. It is the body of law relating to this general area of jurisdiction that will resolve the dispute. The second question alludes to the doctrine of interjurisdictional immunity. Where relief is claimed under this constitutional doctrine relating to a federal work or undertaking, federal law will be essential to the disposition of the case.

[110] Interjurisdictional immunity protects the exclusivity of certain powers from interference by the other level of government. It was originally developed “to protect federally incorporated companies from provincial legislation affecting the essence of the powers conferred on them as a result of their incorporation” (*Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 39, per Binnie and LeBel JJ.). Interjurisdictional immunity precludes “the application of provincial statutes to the specifically federal aspects” of federal works or undertakings where the application of those laws would impair the specifically federal aspect (i.e. the core) of that work or undertaking (*Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec v. Canada (National Battlefields Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 838, at p. 852, per Gonthier J.).

[111] The *CTC Act*, an indisputably valid federal statute, is essential to the disposition of this case, because it is central to the constitutional claim.

[108] Deux questions interreliées sont au cœur du présent litige, et les deux se rapportent intimement à la *Loi sur la CTC* : premièrement, les propriétés achetées par la Société font-elles partie de l’« ouvrage fédéral » que constitue le pont Ambassador? Dans la négative, la demande de la Société ne sera pas accueillie parce que les propriétés ne peuvent aucunement bénéficier d’une immunité dont peuvent jouir la Société et le pont Ambassador à l’encontre d’un règlement local. Si les propriétés font effectivement partie de l’ouvrage fédéral, cela soulève une deuxième question : ces propriétés sont-elles soustraites à l’application du règlement municipal sur le fondement de la doctrine de l’exclusivité des compétences?

[109] La première question tourne autour de l’étendue de la compétence fédérale sur les ouvrages fédéraux. C’est l’ensemble des règles de droit relatives à ce domaine général de compétence qui résoudra le litige. La deuxième question évoque la doctrine de l’exclusivité des compétences. Lorsqu’une réparation est réclamée au titre de cette doctrine constitutionnelle relativement à un ouvrage fédéral, le droit fédéral est essentiel à la solution du litige.

[110] La doctrine de l’exclusivité des compétences protège l’exclusivité de certains pouvoirs contre l’ingérence de l’autre ordre de gouvernement. Elle a initialement été élaborée « afin de protéger des compagnies constituées par le gouvernement fédéral contre des législations provinciales touchant l’essentiel des pouvoirs que leur accordait la constitution en personnes morales » (*Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 39, les juges Binnie et LeBel). L’exclusivité des compétences empêche « l’application des lois provinciales sur les aspects spécifiquement fédéraux » des ouvrages fédéraux, lorsque l’application de ces lois porterait atteinte à l’aspect spécifiquement fédéral (c.-à-d. l’essence) de cet ouvrage (*Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*, [1990] 2 R.C.S. 838, p. 852, le juge Gonthier).

[111] La *Loi sur la CTC*, sans contredire une loi fédérale valide, est essentielle à la solution du présent litige, parce qu’elle est au cœur de la demande

Thus, the *CTC Act* satisfies the second requirement of the *ITO* test.

[112] The *CTC Act* is the constituent statute of the Company, and as such, it determines the rights and obligations of the Company. Sections 2 and 8 of the *CTC Act* are particularly important for the disposition of this case. As indicated, s. 2 declares the Company's works and undertakings "to be for the general advantage of Canada". Section 8 establishes the powers of the Company. These powers include the powers to "construct, maintain and operate a railway and general traffic bridge", to "purchase, lease or otherwise acquire and hold lands for the bridge", and to "expropriate and take an easement in, over, under or through any lands without the necessity of acquiring a title in fee simple thereto". Finally, s. 5 of the *International Bridges and Tunnels Act* states that all international bridges and tunnels "are declared to be works for the general advantage of Canada". The Company relies principally on these sections to found its claim.

[113] The declarations sought by the Company make clear that the dispute is generally concerned with the *CTC Act* and federal jurisdiction over federal works and undertakings, pursuant to s. 92(10)(a) and s. 92(10)(c) of the *Constitution Act, 1867*. The first declaration pertains to the scope of the Company's federal undertaking as governed by the *CTC Act*. The second declaration relates to the extent of the Company's rights to acquire land under the *CTC Act*. The third declaration is about the applicability of bylaws to properties acquired and held by the Company (utilizing its rights under the *CTC Act*); and the fourth declaration seeks to establish that certain properties purchased by the Company are necessary for the continued operation and maintenance of the Ambassador Bridge. Determining whether to grant the declarations sought by the Company will primarily entail interpreting the *CTC Act* in order to resolve the constitutional claims. The Federal Court would first need to determine whether the Windsor properties are part of the Company's bridge undertaking. The terms of the bylaw will not be relevant unless and until it is found that the properties do form part of the Ambassador Bridge project and therefore form

fondée sur la Constitution. Ainsi, la *Loi sur la CTC* satisfait au deuxième volet du critère *ITO*.

[112] La *Loi sur la CTC* est la loi constitutive de la Société et, à ce titre, elle détermine les droits et obligations de la Société. Les articles 2 et 8 de la *Loi sur la CTC* sont d'une importance particulière pour la solution du présent litige. Comme il est mentionné, selon l'art. 2, les travaux et l'entreprise de la Société sont déclarés « être d'utilité publique au Canada ». L'article 8 établit les pouvoirs de la Société. Sont prévus notamment les pouvoirs de « construire, entretenir et mettre en service un pont de chemin de fer et de circulation générale », d'« acheter, louer ou autrement acquérir et posséder des terrains pour le pont », ainsi que le pouvoir d'« exproprier et créer une servitude dans, sur, en dessous ou à travers tous terrains sans qu'il soit nécessaire de les acquérir en pleine et entière propriété ». Enfin, aux termes de l'art. 5 de la *Loi sur les ponts et tunnels internationaux*, les ponts et tunnels internationaux « sont déclarés être à l'avantage général du Canada ». Ces articles constituent le fondement principal de la demande de la Société.

[113] Les déclarations que sollicite la Société établissent clairement que le litige fait généralement intervenir la *Loi sur la CTC* ainsi que la compétence fédérale sur les ouvrages fédéraux, conformément aux al. 92(10)a) et 92(10)c) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La première déclaration se rapporte à l'étendue de l'entreprise fédérale de la Société, telle qu'elle est régie par la *Loi sur la CTC*. La deuxième déclaration a trait à la portée des droits de la Société d'acquérir des terrains aux termes de la *Loi sur la CTC*. La troisième déclaration a trait à l'applicabilité de règlements aux propriétés acquises et possédées par la Société (dans l'exercice de ses droits aux termes de la *Loi sur la CTC*), et la quatrième déclaration vise à établir que certaines propriétés achetées par la Société sont nécessaires pour l'exploitation et l'entretien continu du pont Ambassador. Pour décider s'il y a lieu de faire droit aux déclarations sollicitées par la Société, il faut principalement interpréter la *Loi sur la CTC* de manière à résoudre les demandes fondées sur la Constitution. La Cour fédérale devrait d'abord déterminer si les propriétés situées à Windsor font partie de l'entreprise de la Société relative au pont. Le libellé du règlement ne sera

part of a federal work or undertaking. Even then, the court would only have to consider the terms of the bylaw to determine whether they impair the vital or essential part of the federal work or undertaking. In sum, from beginning to end, the *CTC Act* plays an essential role in the outcome of this case, while the bylaw only plays a subsidiary or incidental role.

[114] This Court's judgment in *Rhine v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 442, dealt with two appeals and supports our conclusion. This Court held that contractual claims regarding, in one case, an advance payment made under a federal Act to assist grain producers and, in the other, a student loan, could be heard in the Federal Court because both the advance payment and the loan were governed by a federal statute. The sources of the rights were the contracts — a matter of provincial law — rather than the statutes, but the statutes created a detailed framework that governed the advance payment and the loan. Likewise, here, although the source of the relief may be anchored in constitutional law, the *CTC Act* provides a framework for the rights and obligations of the Company.

[115] The dispute before us relies principally on federal law. We recognize that the *CTC Act* is not the *only* law at issue in this dispute; the Federal Court will also have to consider constitutional law and, very probably, municipal law. However, the *CTC Act* is essential to the disposition of this case, and it nourishes the statutory grant of the Federal Court's jurisdiction, satisfying the second step of the *ITO* test.

### C. *The CTC Act Is Valid Federal Law*

[116] Having concluded that the Federal Court has statutory jurisdiction pursuant to s. 23(c) and that the *CTC Act* is a federal law that plays an essential role in the disposition of the case, the third branch of the *ITO* test requires us to consider whether the *CTC Act* is valid federal law. There is no dispute in

pas pertinent tant que le tribunal n'aura pas conclu que les propriétés font effectivement partie du projet relatif au pont Ambassador et qu'elles font donc partie d'un ouvrage fédéral. Même alors, le tribunal n'aurait qu'à examiner les termes du règlement pour déterminer s'ils portent atteinte à la partie vitale ou essentielle de l'ouvrage fédéral. En résumé, du début à la fin, la *Loi sur la CTC* joue un rôle essentiel à la solution du présent litige, alors que le règlement est cantonné dans un rôle subsidiaire ou accessoire.

[114] L'arrêt de la Cour *Rhine c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 442, tranchait deux pourvois et appuie notre conclusion. Dans cet arrêt, la Cour a statué que la Cour fédérale pouvait instruire les actions contractuelles en recouvrement, dans un cas, d'un paiement anticipé versé sous le régime d'une loi fédérale d'aide aux producteurs de grain, et, dans l'autre cas, d'un prêt étudiant, parce que le paiement anticipé et le prêt étaient régis par une loi fédérale. Les sources des droits étaient les contrats — une matière qui relève du droit provincial — plutôt que les lois, mais celles-ci créaient un cadre détaillé régissant le paiement anticipé et le prêt. De même, en l'espèce, bien que la source de la réparation puisse être ancrée dans le droit constitutionnel, la *Loi sur la CTC* encadre les droits et obligations de la Société.

[115] Le litige qui nous occupe repose principalement sur le droit fédéral. Nous reconnaissons que les dispositions de la *Loi sur la CTC* ne sont pas les *seules* règles de droit en cause dans le présent litige; la Cour fédérale devra également examiner le droit constitutionnel et, très probablement, le droit municipal. Toutefois, la *Loi sur la CTC* est essentielle à la solution du présent litige, et elle constitue le fondement de l'attribution législative de compétence à la Cour fédérale, ce qui satisfait au deuxième volet du critère *ITO*.

### C. *La Loi sur la CTC est une loi fédérale valide*

[116] Puisque nous avons conclu que l'al. 23c) est attributif de compétence à la Cour fédérale, et que la *Loi sur la CTC* est une loi fédérale qui joue un rôle essentiel dans la solution du litige, le troisième volet du critère *ITO* exige que nous examinions si la *Loi sur la CTC* est une loi fédérale valide.

this case that it is. The third branch of the *ITO* test is satisfied here.

[117] However, we agree with the observations of Stratas J.A. at the Federal Court of Appeal, who suggested that this element is somewhat duplicative of the second because “the two branches together address a single concept”, i.e. whether the Federal Court has constitutional jurisdiction over a particular case (para. 21). In our view, the first and second elements do the heavy lifting in the analysis, and it may be worth considering in a future case whether the test for Federal Court jurisdiction should be simplified to account for this. However, it is not necessary to do so in this case, as all of the elements of the *ITO* test are established here.

#### IV. Conclusion

[118] We end where we began. This case involves a federal company, created under a specially enacted federal statute, whose sole function under the statute is to operate a federal undertaking and whose claim for declaratory relief focusses exclusively on its right to carry out its statutory mandate free from unconstitutional constraints imposed by municipal bylaws. As the Federal Court of Appeal concluded, the Federal Court has jurisdiction to hear the Company’s application. We are satisfied that the *ITO* test is met: there is a statutory grant of jurisdiction under s. 23(c) of the *Federal Courts Act*, and valid federal law is essential to the disposition of the case. It follows that we would dismiss the appeal, with costs to the Company.

[119] That is the end of the matter so far as this Court is concerned. It remains for the Federal Court to decide whether it should exercise its jurisdiction to hear the Company’s application, or decline to do so in favour of the Superior Court (see *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713, at paras. 37-38; *Federal Courts Act*, s. 50(1)). Whether the Superior Court would be a

Il ne fait aucun doute en l’espèce que c’est le cas. Il est satisfait au troisième volet du critère *ITO* dans la présente affaire.

[117] Nous souscrivons cependant aux observations du juge Stratas de la Cour d’appel fédérale, qui a laissé entendre que ce volet chevauchait jusqu’à un certain point le deuxième parce que « les deux volets du critère visent une même question », soit celle de savoir si la Cour fédérale a la compétence constitutionnelle pour être saisie d’un litige en particulier (par. 21). À notre avis, ce sont les premier et deuxième volets qui pèsent lourd dans l’analyse, et, dans une future affaire, il pourrait être utile d’examiner si le critère relatif à la compétence de la Cour fédérale devrait être simplifié pour tenir compte de cette considération. Toutefois, il n’est pas nécessaire de le faire en l’espèce, puisque tous les volets du critère *ITO* sont établis.

#### IV. Conclusion

[118] Nous revenons à notre point de départ. La présente affaire concerne une société fédérale, créée en vertu d’une loi fédérale spéciale, dont la seule fonction prévue par la loi consiste à exploiter une entreprise fédérale et dont la demande de jugement déclaratoire vise exclusivement son droit de s’acquitter de son mandat légal sans égard aux contraintes inconstitutionnelles imposées par des règlements municipaux. Comme l’a conclu la Cour d’appel fédérale, la Cour fédérale a compétence pour entendre la demande de la Société. Nous sommes convaincus qu’il est satisfait au critère *ITO* : il existe une attribution de compétence aux termes de l’al. 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales*, et une règle de droit fédérale valide est essentielle à la solution du litige. Nous rejetterions donc le pourvoi, avec dépens en faveur de la Société.

[119] Cela clôt l’affaire en ce qui concerne la Cour. Il reste à la Cour fédérale à décider si elle doit exercer sa compétence pour entendre la demande de la Société, ou refuser de le faire en faveur de la Cour supérieure (voir *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713, par. 37-38; *Loi sur les Cours fédérales*, par. 50(1)). La question de savoir si la Cour

more appropriate forum for the resolution of the issues raised in this application was not argued before us. But the parties do not dispute that the Superior Court also has the jurisdiction to decide these issues.

[120] In deciding whether to exercise its jurisdiction, the Federal Court should consider the factors set out by this Court in *Strickland*, including whether the Company has an adequate and effective recourse in a forum in which litigation is already taking place, expeditiousness, and the economical use of judicial resources (para. 42). Three observations in this regard are apposite. First, the applications judge commented that the Superior Court — where proceedings were already commenced (albeit four months after the Company had already filed its application for declaratory relief in the Federal Court) and over which the City had carriage — offered the Company an adequate alternative forum (2014 FC 461, 455 F.T.R. 154, at para. 21). In this vein, we find it significant that the arguments that the Company wishes to make in support of its claim — namely, that the City’s bylaws are inapplicable pursuant to the doctrine of interjurisdictional immunity — could have been made in the context of those proceedings. Second, as the intervener the Attorney General of Canada submitted, the interests of justice are not well served by permitting parties to bring multiple proceedings before different courts seeking identical relief. And finally, the Superior Court may well furnish a not merely adequate but more effective forum to dispose of this case than the Federal Court, because it will involve the application of municipal law, in which the Superior Court has considerable institutional experience.

[121] In short, there may be good reason for the Federal Court to decline to hear the Company’s application. Indeed, it would be open to the Federal Court to question the value of this separate application, given the delay and increased cost it has brought to the litigation between the City and the Company.

supérieure constituerait un forum plus approprié au règlement des points soulevés dans le cadre de la présente demande n’a pas été plaidée devant nous, mais les parties ne contestent pas le fait que la Cour supérieure est également compétente pour trancher ces questions.

[120] En décidant d’exercer ou non sa compétence, la Cour fédérale devrait examiner les facteurs énoncés par la Cour dans *Strickland*, notamment si la Société a un recours adéquat et efficace devant un tribunal déjà saisi du litige, la célérité, et l’utilisation économique des ressources judiciaires (par. 42). Trois observations sont pertinentes à cet égard. Premièrement, le juge des requêtes a fait remarquer que la Cour supérieure — où, à l’initiative de la Ville, l’instance était déjà engagée (quatre mois, cependant, après que la Société eut introduit sa demande de jugement déclaratoire devant la Cour fédérale) — représentait un autre tribunal adéquat pour la Société (2014 CF 461, par. 21 (CanLII)). Dans cet ordre d’idées, nous trouvons significatif que les arguments que la Société souhaite présenter à l’appui de sa demande — à savoir que les règlements de la Ville sont inapplicables suivant la doctrine de l’exclusivité des compétences — auraient pu être présentés dans le cadre de cette instance. Deuxièmement, comme l’a soutenu l’intervenant le procureur général du Canada, les intérêts de la justice ne sont pas bien servis lorsque l’on permet aux parties d’introduire de multiples instances devant différentes cours pour solliciter la même réparation. Et enfin, la Cour supérieure peut bien s’avérer un tribunal non simplement adéquat mais plus efficace que la Cour fédérale pour trancher ce litige, puisqu’il fera intervenir l’application du droit municipal, un domaine dans lequel la Cour supérieure possède une expérience institutionnelle considérable.

[121] En bref, la Cour fédérale peut avoir un bon motif de refuser d’entendre la demande de la Société. En effet, la Cour fédérale pourrait s’interroger sur la valeur de cette demande distincte, étant donné le délai et l’augmentation des coûts qu’elle a générés dans le litige opposant la Ville et la Société.

The following are the reasons delivered by

[122] ABELLA J. (dissenting) — I agree with Justice Karakatsanis about the role and jurisdiction generally of the Federal Court. With great respect, however, like Justices Moldaver and Brown, in my view this Court’s test in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, has been met. The Canadian Transit Company’s application is grounded in *An Act to incorporate The Canadian Transit Company*, S.C. 1921, c. 57. This is an “an Act of Parliament” as referred to in s. 23 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, thereby satisfying the first branch of the *ITO* test. The second branch is satisfied because the interpretation of this federal law is essential to the disposition of the case. And the third branch is satisfied because *An Act to incorporate The Canadian Transit Company*, as an act of the federal Parliament, is clearly a “law of Canada”.

[123] But notwithstanding that the Federal Court has concurrent jurisdiction with the Ontario Superior Court of Justice, it should not, in my respectful view, exercise it in this case. Unlike Justices Moldaver and Brown, therefore, I would not remit the matter to the Federal Court to determine whether it should decline to exercise its jurisdiction and grant a stay.

[124] A stay is authorized where the claim is proceeding in another court or where it is in the interests of justice to do so (s. 50(1) of the *Federal Courts Act*). This discretion to order a stay is guided by the principle of securing “the just, most expeditious and least expensive determination of every proceeding on its merits” (rule 3 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106; *Coote v. Lawyers’ Professional Indemnity Co.*, 2013 FCA 143, at para. 12 (CanLII); see also *Strickland v. Canada (Attorney General)*, [2015] 2 S.C.R. 713, at paras. 42-43). On the facts of this case, this leads to the inevitable conclusion that there should be a stay.

Version française des motifs rendus par

[122] LA JUGE ABELLA (dissidente) — Je suis d’accord avec la juge Karakatsanis quant à la façon dont elle expose généralement le rôle et la compétence de la Cour fédérale. Soit dit en tout respect cependant, je suis d’avis, à l’instar des juges Moldaver et Brown, que le critère établi par notre Cour dans *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, a été respecté. La société The Canadian Transit Company (« Société ») fonde sa demande sur la *Loi constituant en corporation « The Canadian Transit Company »*, S.C. 1921, c. 57. Cette loi est « une loi fédérale » visée à l’art. 23 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, et en conséquence, il est satisfait au premier volet du critère *ITO*. Il est satisfait au deuxième volet de ce critère puisque l’interprétation de cette loi fédérale est essentielle à la solution du litige. Et il est satisfait au troisième volet du critère puisque la *Loi constituant en corporation « The Canadian Transit Company »*, une loi du Parlement, est manifestement une « loi du Canada ».

[123] Mais même si la Cour fédérale possède une compétence concurrente à celle de la Cour supérieure de justice de l’Ontario, j’estime avec égards qu’elle ne devrait pas l’exercer en l’espèce. En conséquence, contrairement aux juges Moldaver et Brown, je ne renverrais pas l’affaire devant la Cour fédérale pour qu’elle décide si elle doit refuser d’exercer sa compétence et ordonner la suspension de l’instance.

[124] Une suspension d’instance est permise lorsque la demande est en instance devant un autre tribunal, ou lorsque l’intérêt de la justice l’exige (par. 50(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*). L’exercice de ce pouvoir discrétionnaire d’ordonner la suspension de l’instance obéit au principe suivant lequel il faut apporter « une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible » (art. 3 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106; *Coote c. Lawyers’ Professional Indemnity Co.*, 2013 CAF 143, par. 12 (CanLII); voir également *Strickland c. Canada (Procureur général)*, [2015] 2 R.C.S. 713, par. 42-43). Compte tenu des faits de la présente affaire, il faut inévitablement conclure que la suspension de l’instance s’impose.

[125] Those facts are that on October 9, 2013, the Canadian Transit Company appealed the repair orders imposed by the City of Windsor on September 24, 2013, to the Property Standards Committee. The appeal was scheduled to be heard on October 28, 2013. On October 15, 2013, the Canadian Transit Company filed its application for declaratory relief at the Federal Court. It continued nonetheless to participate in the appeal proceedings before the Property Standards Committee.

[126] On November 1, 2013, the Property Standards Committee released its appeal decision modifying 83 of the City's repair orders to permit demolition as requested by the Canadian Transit Company. On November 14, 2013, the City of Windsor appealed these demolition orders. The Committee deferred the hearing of the appeals dealing with the remaining 31 properties pending settlement discussions between the Canadian Transit Company and the City of Windsor. Those discussions were unsuccessful.

[127] On January 28, 2014, the Property Standards Committee informed the parties that it was upholding the original repair orders for the 31 properties. On February 10, 2014, the Canadian Transit Company appealed the Committee's decision upholding these 31 repair orders.

[128] Both the Canadian Transit Company's appeal of the 31 repair orders and the City's appeal of the 83 demolition orders were to the Ontario Superior Court. The appeals were scheduled to be heard on April 7 and April 8, 2014.

[129] Rather than wait for the outcome of the appeals before the Superior Court, the Canadian Transit Company sought to activate the Federal Court's intervention it had initiated on October 15, 2013.

[130] It cannot be seriously contested that the issues raised by the Canadian Transit Company in its Federal Court application can be resolved in the context of the parties' ongoing litigation before the Superior Court. The result of diverting the course of the proceedings into a jurisdictional side-show is obvious — additional expense and delay in aid of

[125] Ces faits sont les suivants : le 9 octobre 2013, la Société a fait appel devant le Property Standards Committee (« Comité ») des ordres de réparation que lui a donnés la City of Windsor (« Ville de Windsor » ou « Ville ») le 24 septembre 2013. L'appel devait être entendu le 28 octobre 2013. Le 15 octobre 2013, la Société a introduit sa demande de jugement déclaratoire devant la Cour fédérale. Elle a néanmoins continué à prendre part aux procédures d'appel devant le Comité.

[126] Le 1<sup>er</sup> novembre 2013, le Comité a rendu la décision par laquelle il modifiait 83 des ordres de réparation donnés par la Ville afin de permettre la démolition comme le demandait la Société. Le 14 novembre 2013, la Ville de Windsor a fait appel de ces ordonnances de démolition. Le Comité a reporté l'audition des appels relatifs aux 31 autres propriétés en attendant l'issue des discussions que menaient la Société et la Ville de Windsor en vue d'un règlement. Ces discussions n'ont pas abouti.

[127] Le 28 janvier 2014, le Comité a informé les parties qu'il maintenait les ordres de réparation visant les 31 propriétés susmentionnées. Le 10 février 2014, la Société a fait appel de la décision du Comité maintenant ces 31 ordres de réparation.

[128] La Cour supérieure de l'Ontario a été saisie de l'appel de la Société relatif aux 31 ordres de réparation, ainsi que de l'appel de la Ville à l'encontre des 83 ordonnances de démolition. Ces appels devaient être entendus les 7 et 8 avril 2014.

[129] Au lieu d'attendre l'issue des appels interjetés devant la Cour supérieure, la Société a voulu activer l'intervention de la Cour fédérale qu'elle avait demandée le 15 octobre 2013.

[130] On ne peut sérieusement contester le fait que les questions soulevées par la Société dans la demande introduite en Cour fédérale peuvent être résolues dans le cadre du litige opposant les parties devant la Cour supérieure. Le résultat de la diversion du cours de l'instance par cette distraction de nature juridictionnelle est évident — des coûts et

nothing except avoiding a determination of the merits for as long as possible. To date, that jurisdictional diversion has cost the public a delay of three years. There is no basis for further delaying the Superior Court proceedings. In the words of the Federal Court's rules, it is neither "just" nor "expeditious" for it to weigh in on these proceedings, needlessly complicating and extending them. Remitting the matter to the Federal Court to reach the irresistible conclusion that a stay is warranted adds needlessly to the expense and delay.

[131] I would therefore dismiss the appeal in part and direct that a stay of the Federal Court proceedings be entered.

*Appeal allowed with costs, ABELLA, MOLDAVER, CÔTÉ and BROWN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Aird & Berlis, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Torys, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Federation of Canadian Municipalities: Federation of Canadian Municipalities, Ottawa; Supreme Advocacy, Ottawa.*

délais additionnels qui n'aident en rien si ce n'est à repousser le plus longtemps possible une décision sur le fond. Jusqu'à maintenant, cette manœuvre de diversion juridictionnelle a coûté trois ans de délais au public. Rien ne justifie de retarder davantage l'instance devant la Cour supérieure. Aux termes des règles de la Cour fédérale, il n'est ni « juste » ni « expéditif » que la Cour fédérale se prononce sur ces procédures en les compliquant et les prolongeant inutilement. Renvoyer l'affaire à la Cour fédérale pour qu'elle arrive à la conclusion irrésistible qu'une suspension de l'instance s'impose ne fait qu'ajouter des dépenses et prolonger les délais inutilement.

[131] Je suis en conséquence d'avis de rejeter le pourvoi en partie et d'ordonner la suspension des procédures en Cour fédérale.

*Pourvoi accueilli avec dépens, les juges ABELLA, MOLDAVER, CÔTÉ et BROWN sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante : Aird & Berlis, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée : Torys, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Fédération canadienne des municipalités : Fédération canadienne des municipalités, Ottawa; Supreme Advocacy, Ottawa.*

**The Jean Coutu Group (PJC) Inc.** *Appellant*

v.

**Attorney General of Canada** *Respondent*

and

**Agence du revenu du Québec** *Intervener*

**INDEXED AS: JEAN COUTU GROUP (PJC) INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**2016 SCC 55**

File No.: 36505.

2016: May 18; 2016: December 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Contracts — Interpretation — Common intention of parties — Written instruments relating to transactional scheme not reflecting common intention of parties for tax-neutrality — Transactions having unintended tax consequences — Whether, under Quebec civil law, general intention that execution of transactional scheme be tax-neutral sufficient to authorize rectification of written instruments — Civil Code of Québec, art. 1425.*

*Commercial law — Corporations — Taxation — Whether rectification of written instrument amount to retroactive tax planning.*

The Jean Coutu Group (PJC) Inc. (“PJC Canada”), is a Quebec corporation. In 2004, its subsidiary, PJC USA invested in a chain of pharmacies in the United States. To avoid the negative perceptions of PJC Canada’s investors of the variation in this investment’s value due to fluctuations in U.S. to Canadian dollar exchange rates, PJC Canada consulted professional advisors to find ways to neutralize them without adverse tax consequences. Although the chosen set of transactions succeeded in neutralizing the effect of the exchange rate fluctuations, they did not succeed in avoiding tax consequences. In 2010, the Canada Revenue Agency (“CRA”) assessed PJC

**Le Groupe Jean Coutu (PJC) inc.** *Appelante*

c.

**Procureur général du Canada** *Intimé*

et

**Agence du revenu du Québec** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : GROUPE JEAN COUTU (PJC) INC. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

**2016 CSC 55**

N° du greffe : 36505.

2016 : 18 mai; 2016 : 9 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

*Contrats — Interprétation — Intention commune des parties — Instruments écrits relatifs à un montage transactionnel ne reflétant pas l’intention commune des parties de neutralité sur le plan fiscal — Transactions aux conséquences fiscales indésirables — En droit civil québécois, l’intention générale que la mise en œuvre d’un montage transactionnel soit neutre sur le plan fiscal est-elle suffisante pour autoriser la rectification des instruments écrits? — Code civil du Québec, art. 1425.*

*Droit commercial — Sociétés par actions — Fiscalité — La rectification d’un instrument écrit équivaut-elle à une planification fiscale rétroactive?*

Le Groupe Jean Coutu (PJC) inc. (« PJC Canada ») est une société commerciale québécoise. En 2004, sa filiale, PJC USA, a investi dans une chaîne de pharmacies américaines. Les variations de la valeur de cet investissement en raison des fluctuations du taux de change des devises américaines et canadiennes suscitaient des perceptions négatives chez les investisseurs de PJC Canada. Cherchant un moyen de neutraliser ces perceptions, et ce, sans conséquences fiscales défavorables, PJC Canada a alors consulté des conseillers professionnels. Même si la série de transactions choisie a permis de neutraliser l’effet des fluctuations du taux de change, elle n’a pas pu

Canada for CAN\$2.2 million of unpaid income tax for the years 2005, 2006 and 2007. The CRA concluded that because PJC USA was a controlled foreign affiliate of PJC Canada the interest it had earned during those years on the US\$70 million loan constituted foreign accrual property income (“FAPI”) under the *Income Tax Act* and was taxable as income of PJC Canada.

After the CRA audit, PJC Canada brought a motion for rectification of the documents related to the agreement and for declaratory relief under art. 1425 of the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.”). The application judge granted the motion. Because of the adverse tax consequences, he held that there was a disparity between the common intention of the parties and the documents drawn up to give effect to that intention. Therefore, PJC Canada was allowed to amend the documents by inserting new transactions, such that the interest payable by PJC Canada to PJC USA would be offset by interest payable by PJC USA to PJC Canada, reducing FAPI to zero. The Court of Appeal allowed the appeal, holding that the general intention of PJC Canada that the agreement be tax-neutral was insufficiently determinate to serve as the basis of a modified agreement.

*Held* (Abella and Côté JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ.: A general intention of tax neutrality, in the absence of a precise juridical operation and a determinate or determinable prestation or prestations within the meaning of art. 1373 C.C.Q., cannot give rise to a common intention that would form part of the original agreement and serve as a basis for modifying the written documents expressing that agreement under art. 1425 C.C.Q. Contractual interpretation focuses on what the parties actually agreed to do, not on what their motivations were in entering into an agreement or the consequences they intended it to have. Therefore, when unintended tax consequences result from a contract whose desired consequences, whether in whole or in part, are tax avoidance, deferral or minimization, amendments to the expression of the agreement can be available only under two conditions. First, if the unintended tax consequences were originally and specifically to be avoided, through sufficiently precise obligations which objects, the prestations to execute, are determinate or determinable;

empêcher les conséquences fiscales. En 2010, l’Agence du revenu du Canada (« ARC ») a établi que PJC Canada devait la somme de 2,2 millions de dollars CAN au titre de l’impôt sur le revenu pour les années 2005, 2006 et 2007. L’ARC a conclu que, puisque PJC USA était une filiale contrôlée à l’étranger de PJC Canada, l’intérêt qu’elle a perçu au cours de ces années sur la somme de 70 millions de dollars US qui lui avait été prêtée constituait du revenu étranger accumulé, tiré de biens (« RÉATB »), au sens de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, et imposable à titre de revenu de PJC Canada.

Après la vérification de l’ARC, PJC Canada a déposé une requête en rectification des documents relatifs à l’entente et en jugement déclaratoire en application de l’art. 1425 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »). Le juge saisi de la demande a accueilli la requête. Compte tenu des conséquences défavorables sur le plan fiscal, il a conclu à une divergence entre l’intention commune des parties et les documents rédigés en vue de donner effet à cette intention. En conséquence, PJC Canada a été autorisée à modifier les documents par l’ajout des nouvelles transactions, de sorte que l’intérêt payable par PJC Canada à PJC USA soit compensé par l’intérêt payable par PJC USA à PJC Canada et que le RÉATB soit réduit à néant. La Cour d’appel a accueilli l’appel et conclu que l’intention générale de PJC Canada selon laquelle l’entente devait être neutre sur le plan fiscal n’était pas suffisamment déterminée pour justifier de la modifier.

*Arrêt* (les juges Abella et Côté sont dissidentes) : Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown : Une intention générale de neutralité fiscale ne peut, en l’absence d’une opération juridique précise et d’une prestation, ou de prestations, déterminée ou déterminable au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’art. 1373 C.c.Q., donner lieu à une intention commune emportant formation de l’entente originale et justifier la modification des documents écrits constatant cette entente en application de l’art. 1425 C.c.Q. L’interprétation des contrats est axée sur ce que les parties ont vraiment convenu de faire, et non sur les raisons qu’elles avaient de conclure le contrat ou sur les conséquences qu’elles voulaient que ce contrat produise. Ainsi, lorsqu’un contrat, dont l’effet voulu est, en tout ou en partie, d’éviter, de reporter ou de minimiser l’impôt payable, produit des conséquences fiscales indésirables, l’expression de l’entente ne pourra être modifiée qu’à deux conditions. Premièrement, si les parties à l’entente cherchaient expressément au départ à éviter ces conséquences fiscales

and second, when the obligations, if properly expressed and the corresponding prestations, if properly executed, would have succeeded in doing so.

In this case, PJC Canada and PJC USA agreed on the precise set of prestations they wanted to execute, and there was no error in the way their agreement was expressed or executed. It simply resulted in unforeseen and undesirable tax consequences for PJC Canada. There was a mistake in the transactions agreed to, not in the way they were expressed. If they had turned their minds to FAPI and had agreed to a transactional scheme that, if recorded and implemented properly, would have accomplished the goal of neutralizing currency fluctuations while also preventing the generation of FAPI, it would be appropriate to permit the written documents related to the transactions to be amended if that common intention was improperly transcribed in them. Allowing the amendment of the written document would not only amount to retroactive tax planning but would set an undesirable precedent. Taxpayers could immunize themselves from unforeseen tax consequences as well as from their inadvertence or mistakes, or for those of their tax advisors, in planning transactions.

Although rectification under Quebec civil law and in equity stems from different legal sources, they share similar principles and lead to similar results. Such similar results are particularly welcome in the tax context, where the same federal tax legislation applies throughout the country. Both have the same purpose: to ascertain that the true agreement between the contracting parties is accurately expressed in the written instruments reflecting either the terms of the agreement or the execution of the obligations themselves. Both are strict: only the expression or transcription of the contract can be amended; the contract itself cannot be. Further, in both legal systems, the true agreement is paramount, not its intended consequences or effects. Although they will not always lead to the same result because of differences between the two legal systems in contract law, they would in this case. Even in equity, PJC Canada's requested amendments would not be permissible: the contracting parties did not reach a prior agreement with definite and ascertainable

au moyen d'obligations suffisamment précises dont les objets, soit les prestations à exécuter, sont déterminés ou déterminables; et, deuxièmement, si les obligations, dans la mesure où elles avaient été correctement exprimées, et les prestations correspondantes, dans la mesure où elles avaient été correctement exécutées, avaient eu l'effet recherché.

En l'espèce, PJC Canada et PJC USA se sont entendus sur une série de prestations précises qu'elles voulaient exécuter, et il n'y a eu aucune erreur dans la façon d'exprimer ou d'exécuter cette entente. Cette dernière a simplement eu pour PJC Canada des effets imprévus et indésirables sur le plan fiscal. L'erreur résidait dans les transactions dont les parties ont convenu, non dans la façon dont elles ont été exprimées. Si PJC Canada et PJC USA s'étaient arrêtées à la question du RÉATB et avaient convenu d'un montage transactionnel qui, s'il avait été constaté et exécuté correctement, avait permis de réaliser l'objectif de neutraliser l'effet des fluctuations monétaires tout en évitant de produire du RÉATB, il serait approprié d'autoriser la modification des documents écrits afférents à ces transactions s'ils présentaient une transcription erronée de cette volonté commune. Permettre la modification des documents écrits reviendrait non seulement à consacrer une planification fiscale rétroactive, mais à créer un précédent non souhaitable. Les contribuables pourraient se protéger des conséquences fiscales imprévues et, eux et leurs conseillers fiscaux, des inattentions ou erreurs qu'ils pourraient commettre dans la planification des transactions.

Bien que la réparation en droit civil québécois et celle en equity tirent leur origine de sources juridiques différentes, elles partagent des principes semblables et mènent à des résultats semblables. Ceux-ci sont particulièrement les bienvenus dans le contexte fiscal, puisque les mêmes lois fiscales fédérales s'appliquent dans l'ensemble du pays. Les deux recours ont le même objectif : vérifier si l'entente véritable intervenue entre les parties contractantes est exprimée avec justesse dans les instruments écrits qui, soit reflètent les conditions de l'entente, soit constituent l'exécution des obligations elles-mêmes. Les deux sont d'application stricte : la modification ne peut porter que sur l'expression ou la transcription du contrat; le contrat lui-même ne peut être reformulé. En outre, que ce soit dans un système juridique ou dans l'autre, c'est la véritable entente qui prime, et non pas ses conséquences ou ses effets voulus. Même s'ils ne produiront pas toujours le même résultat, parce que les principes du droit des contrats propres à chacun des deux systèmes

terms that included the new transactions that PJC Canada now wish to insert in the original agreement.

*Per* Abella and Côté JJ. (dissenting): The liberal and generous approach to rectification applied in *Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 SCC 65, [2013] 3 S.C.R. 838 (“AES”), should be followed. Departing from this approach limits the availability of an important recourse for taxpayers in the presence of an error made in good faith by them or their tax advisors and is incongruous with the realities of modern commerce. However, a mere intention to avoid taxation can never suffice to ground a request for rectification under art. 1425 C.C.Q. Although convergence between Quebec civil law and the common law of the other provinces is desirable from a tax policy perspective, retreating from the interpretation of art. 1425 C.C.Q. adopted in AES in order to achieve harmony with rectification in equity as considered by the majority in *Canada (Attorney General) v. Fairmont Hotels Inc.*, 2016 SCC 56, [2016] 2 S.C.R. 720, is inconsistent with the law of contract in Quebec.

PJC Canada’s motion for rectification is both necessary and legitimate. There was clearly a gap between the common and continuing intention of the parties and the operations implemented to carry out that intention. The evidence shows that tax neutrality was a *sine qua non* of the parties’ envisaged transactional scheme. The object of the agreement consisted in tax-neutral reciprocal loans creating net liabilities in U.S. dollars. Failing to consider that the loans had to be tax-neutral in order for the agreement to make commercial sense is inimical to the overall scheme of the agreement. Tax neutrality was at its very core.

The object of the contract as defined in art. 1412 C.C.Q. transcends the particular prestations of the agreement. As such, rectification cannot be available only where the prestation, as expressed in the written document, was specifically envisaged by the parties from the outset. In AES, this Court recognized that even an oral declaration of the parties’ will can depart from their

juridiques sont différents, ils le feraient en l’espèce. Même suivant les principes de l’équity, les modifications demandées par PJC Canada ne seraient pas permises : les parties contractantes n’ont conclu aucune entente préalable dont les conditions étaient déterminées et déterminables et qui incluait les deux nouvelles transactions que PJC Canada souhaite maintenant ajouter à l’entente originale.

*Les* juges Abella et Côté (dissidentes) : Il y a lieu d’adopter, à l’égard de la rectification, l’approche libérale et généreuse appliquée dans l’arrêt *Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 CSC 65, [2013] 3 R.C.S. 838 (« AES »). Écarter cette approche limite l’exercice par les contribuables d’un recours important dans les cas d’erreur de bonne foi commise par eux ou par leurs conseillers fiscaux. Cela est en outre incompatible avec les réalités du commerce moderne. Toutefois, une simple intention d’éviter l’imposition n’est jamais suffisante pour légitimer une demande en rectification fondée sur l’art. 1425 C.c.Q. Même si la convergence entre le droit civil québécois et la common law des autres provinces est souhaitable d’un point de vue de politique fiscale, renoncer à l’interprétation de l’art. 1425 C.c.Q. préconisée dans l’arrêt AES dans un effort d’harmonisation avec le recours en rectification en equity tel que l’envisagent les juges majoritaires dans *Canada (Procureur général) c. Hôtels Fairmont Inc.*, 2016 CSC 56, [2016] 2 R.C.S. 720, est incompatible avec le droit des contrats au Québec.

La requête en rectification de PJC Canada est à la fois nécessaire et légitime. Il existe un écart évident entre, d’une part, l’intention commune et continue des parties et, d’autre part, les opérations exécutées dans le but de donner effet à cette intention. La preuve démontre que la neutralité fiscale était une condition *sine qua non* de la structure transactionnelle envisagée par les parties. L’objet de l’entente consistait en des prêts réciproques neutres sur le plan fiscal, créant un passif net en dollars US. Ne pas considérer que les prêts devaient être neutres sur le plan fiscal pour que l’entente soit logique sur le plan commercial va à l’encontre de l’économie générale de cette dernière. La neutralité fiscale était au cœur même de l’entente en cause.

L’objet du contrat, au sens de l’art. 1412 C.c.Q., transcende les prestations particulières de l’accord. Ainsi, la rectification ne peut pas être possible seulement si la prestation, telle qu’elle est exprimée dans le document écrit, constate ce que les parties avaient expressément envisagé au départ. Dans AES, la Cour a reconnu que même l’expression orale de la volonté des parties peut ne pas

common intention and that rectification is not limited to the correction of clerical errors. Further, that the tax advisors' error in this case was one of omission, insofar as they neglected to consider FAPI, as opposed to one of commission (like miscalculating the ACB of shares), is not a principled ground on which to distinguish this case from *AES*. This distinction is at odds with the proposition that, if an expression of common intention contains an error, particularly one that can, as here, be attributed to the taxpayer's professional advisor, the court must, once the error is proved, ensure that it is remedied. It is also at odd with the recognition in *AES* of a court's power to fill gaps in the text in interpreting the parties' common intention.

The additional transactions or prestations envisioned by the parties were sufficiently determinable within the meaning of art. 1373 *C.C.Q.*, as understood by this Court in *AES*. Indeed, under the terms of the February 7, 2005 loan agreement between PJC Canada and PJC USA, the principal could be repaid only by mutual consent of the parties. The insertion of intermediate steps involving the repayment of a demand loan therefore amounts to little more than judicial recognition of a partial discharge of an obligation that was determinable even on the terms of the parties' original instrument. The prestations here entailed the provision of reciprocal debt financing, on the one hand, and partial repayment of that debt, on — and only on — mutual agreement of the parties. The prestations were therefore determinate and the corresponding obligation to repay was determinable.

PJC Canada's request for rectification is not intended to rewrite the tax history of the transactions, but rather to fill in the gaps by adding two intermediate steps which maintain tax neutrality. The desired changes do not alter the nature of the original structure of the operation contemplated at the outset. The agreement was not a tax planning transaction. There is nothing here to suggest bad faith or an abuse of right on the part of PJC Canada. The tax advisors' fault of omission was committed in good faith following the exercise of reasonable diligence by PJC Canada.

Nothing in PJC Canada's request engaged the rights of third parties and there was no offense to the rules of

réfléter leur intention commune et que la rectification ne permet pas seulement de corriger les erreurs d'écriture. En outre, que l'erreur commise par les conseillers fiscaux en l'espèce en soit une d'omission — dans la mesure où ils ont négligé de tenir compte du RÉATB — plutôt que de commission — en calculant erronément le PRB des actions, par exemple — n'est pas une raison de principe qui justifie de distinguer la présente cause de l'affaire *AES*. Cette distinction est en contradiction avec la proposition selon laquelle, si l'expression d'une intention commune est entachée d'une erreur, notamment d'une erreur imputable comme ici au conseiller professionnel du contribuable, une fois cette erreur établie, le tribunal doit la constater et faire en sorte qu'on y remédie. Cette distinction est également en contradiction avec la reconnaissance, dans *AES*, du pouvoir qu'ont les tribunaux de combler des vides dans le texte en interprétant l'intention commune des parties.

Les transactions ou prestations additionnelles envisagées par les parties étaient suffisamment déterminables au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 1373 *C.c.Q.* tel qu'il est interprété par la Cour dans l'arrêt *AES*. D'ailleurs, il appert des modalités du contrat de prêt intervenu entre PJC Canada et PJC USA le 7 février 2005 que le capital ne pouvait être remboursé qu'advenant le consentement mutuel des parties. L'insertion d'étapes intermédiaires impliquant le remboursement d'un prêt à demande ne constitue guère plus qu'une reconnaissance judiciaire de l'acquittement partiel d'une obligation, obligation que même les modalités de l'entente originale des parties permettent de déterminer. Les prestations supposaient le financement réciproque de la dette ainsi que le remboursement partiel de cette dette advenant — et uniquement advenant — le consentement mutuel des parties. Les prestations étaient donc déterminées et l'obligation de remboursement correspondante était déterminable.

PJC Canada ne demande pas de réécrire l'histoire fiscale des transactions, mais plutôt d'en combler les vides en y ajoutant deux étapes intermédiaires qui préservent la neutralité fiscale. Les modifications souhaitées ne changent pas la nature de la structure originale de l'opération envisagée au départ. L'entente ne constituait pas une planification fiscale. Rien ne laisse supposer que PJC Canada a fait preuve de mauvaise foi ou commis un abus de droit. L'erreur d'omission des conseillers fiscaux est survenue en toute bonne foi, après que PJC Canada eut fait preuve de diligence raisonnable.

Rien dans la demande de PJC Canada ne portait atteinte aux droits de tiers et il n'y a eu aucune violation

evidence involved. In the absence of third party reliance, granting PJC Canada's request promotes, rather than undermines, commercial certainty because it advances the contractual expectations of the parties. Since PJC Canada and PJC USA are in agreement as to their common intention, the concern for an illegitimate *ex post* rewriting of the initial bargain is absent here. Further, rectifying the agreement, in line with the innocent party's duty to mitigate under art. 1479 *C.C.Q.*, is preferable to the promotion of claims against that party's advisors.

### Cases Cited

By Wagner J.

**Applied:** *Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 SCC 65, [2013] 3 S.C.R. 838; **referred to:** *Canada (Attorney General) v. Fairmont Hotels Inc.*, 2016 SCC 56, [2016] 2 S.C.R. 720; *Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Duha Printers (Western) Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 795; *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3; *Mackenzie v. Coulson* (1869), L.R. 8 Eq. 368.

By Côté J. (dissenting)

*Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 SCC 65, [2013] 3 S.C.R. 838, aff'g 2011 QCCA 394; *Canada (Attorney General) v. Fairmont Hotels Inc.*, 2016 SCC 56, [2016] 2 S.C.R. 720; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Walls v. Canada*, 2002 SCC 47, [2002] 2 S.C.R. 684; *Backman v. Canada*, 2001 SCC 10, [2001] 1 S.C.R. 367; *Pallen Trust, Re*, 2015 BCCA 222, 385 D.L.R. (4th) 499; *Lemair v. Canada (Procureur général)*, 2015 QCCS 1142; *Canada (Attorney General) v. Brogan Family Trust*, 2014 ONSC 6354, 2015 D.T.C. 5008; *Philippe Trépanier inc. et Deloitte, s.e.n.c.r.l.*, 2014 QCCS 2615; *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157; *Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3.

### Statutes and Regulations Cited

*Business Corporations Act*, CQLR, c. S-31.1, ss. 458, 459.

des règles de preuve. En l'absence d'argument fondé sur des droits de tiers, faire droit à la requête de PJC Canada favorise, plutôt qu'elle ne l'affaiblit, la stabilité commerciale parce que les attentes contractuelles des parties s'en trouvent réalisées. Puisque PJC Canada et PJC USA s'entendent quant à leur intention commune, il n'y a pas, en l'espèce, de risque de réécrire illégitimement l'entente initiale a posteriori. En outre, il est préférable de procéder à la rectification de l'entente, conformément à l'obligation de limiter les dommages incombant à la partie innocente suivant l'art. 1479 *C.c.Q.* plutôt que d'inciter cette partie à poursuivre ses conseillers.

### Jurisprudence

Citée par le juge Wagner

**Arrêt appliqué :** *Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 CSC 65, [2013] 3 R.C.S. 838; **arrêts mentionnés :** *Canada (Procureur général) c. Hôtels Fairmont Inc.*, 2016 CSC 56, [2016] 2 R.C.S. 720; *Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 795; *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3; *Mackenzie c. Coulson* (1869), L.R. 8 Eq. 368.

Citée par la juge Côté (dissidente)

*Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 CSC 65, [2013] 3 R.C.S. 838, conf. 2011 QCCA 394, 2011 D.T.C. 5045; *Canada (Procureur général) c. Hôtels Fairmont Inc.*, 2016 CSC 56, [2016] 2 R.C.S. 720; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Walls c. Canada*, 2002 CSC 47, [2002] 2 R.C.S. 684; *Backman c. Canada*, 2001 CSC 10, [2001] 1 R.C.S. 367; *Pallen Trust, Re*, 2015 BCCA 222, 385 D.L.R. (4th) 499; *Lemair c. Canada (Procureur général)*, 2015 QCCS 1142; *Canada (Attorney General) c. Brogan Family Trust*, 2014 ONSC 6354, 2015 D.T.C. 5008; *Philippe Trépanier inc. et Deloitte, s.e.n.c.r.l.*, 2014 QCCS 2615; *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157; *Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3.

### Lois et règlements cités

*Code civil du Bas Canada*, art. 1013.

*Civil Code of Lower Canada*, art. 1013.  
*Civil Code of Québec*, arts. 6, 7, 1371, 1373, 1374, 1375, 1378, 1385, 1410, 1412, 1425, 1479.  
*Code Napoléon*, art. 1156.  
*Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Suppl.), ss. 86, 91(1), 95(1) “foreign accrual property income”.  
*Taxation Act*, R.S.Q., c. I-3, ss. 541 to 543.

#### Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd., par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.  
*Hanbury and Martin Modern Equity*, 20th ed., by Jamie Glistler and James Lee. London: Sweet & Maxwell, 2015.  
Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 7th ed. Toronto: Carswell, 2010.  
Krishna, Vern. *Income Tax Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.  
Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 2012.  
Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal: Thémis, 2001.  
*Snell's Equity*, 31st ed., by John McGhee, ed. London: Sweet & Maxwell, 2005.  
*Snell's Equity*, 33rd ed., by John McGhee. London: Sweet & Maxwell, 2015.  
Spry, I. C. F. *The Principles of Equitable Remedies: Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages*, 9th ed. Pyrmont, N.S.W.: Lawbook Co., 2014.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland, Giroux and Schrager JJ.A.), 2015 QCCA 838, [2015] 4 C.T.C. 82, [2015] AZ-51175618, [2015] Q.J. No. 4127 (QL), 2015 CarswellQue 3542 (WL Can.), setting aside a decision of Chabot J., 2012 QCCS 6917, [2012] AZ-50931255, [2012] J.Q. n° 19046 (QL), 2012 CarswellQue 14611 (WL Can.). Appeal dismissed, Abella and Côté JJ. dissenting.

*Dominic Belley and Jonathan Lafrance*, for the appellant.

*Daniel Bourgeois and Eric Noble*, for the respondent.

*Code civil du Québec*, art. 6, 7, 1371, 1373, 1374, 1375, 1378, 1385, 1410, 1412, 1425, 1479.  
*Code Napoléon*, art. 1156.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 86, 91(1), 95(1) « revenu étranger accumulé, tiré de biens ».  
*Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3, art. 541 à 543.  
*Loi sur les sociétés par actions*, RLRQ, c. S-31.1, art. 458, 459.

#### Doctrine et autres documents cités

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd., par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013.  
*Hanbury and Martin Modern Equity*, 20th ed., by Jamie Glistler and James Lee, London, Sweet & Maxwell, 2015.  
Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 7th ed., Toronto, Carswell, 2010.  
Krishna, Vern. *Income Tax Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2012.  
Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2012.  
Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., par Jean Pineau et Serge Gaudet, Montréal, Thémis, 2001.  
*Snell's Equity*, 31st ed., by John McGhee, ed., London, Sweet & Maxwell, 2005.  
*Snell's Equity*, 33rd ed., by John McGhee, London, Sweet & Maxwell, 2015.  
Spry, I. C. F. *The Principles of Equitable Remedies: Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages*, 9th ed., Pyrmont (N.S.W.), Lawbook Co., 2014.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Chamberland, Giroux et Schrager), 2015 QCCA 838, [2015] 4 C.T.C. 82, [2015] AZ-51175618, [2015] Q.J. No. 4127 (QL), 2015 CarswellQue 3542 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Chabot, 2012 QCCS 6917, [2012] AZ-50931255, [2012] J.Q. n° 19046 (QL), 2012 CarswellQue 14611 (WL Can.). Pourvoi rejeté, les juges Abella et Côté sont dissidentes.

*Dominic Belley et Jonathan Lafrance*, pour l'appelante.

*Daniel Bourgeois et Eric Noble*, pour l'intimé.

*Pierre Zemaitis and Christian Boutin*, for the interveners.

The judgment of McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ. was delivered by

[1] WAGNER J. — This is one of two companion appeals dealing with requests to modify written contracts, documents or instruments after they generated unintended tax consequences. At issue in this appeal is whether, under Quebec civil law, the general intention of contracting parties that an agreement be tax-neutral is sufficient to authorize the modification of the written documents underlying the agreement so they reflect that intention.

[2] The appellant, a Quebec corporation, wanted to resolve an accounting issue without creating adverse tax consequences. To that end, the appellant and its subsidiary executed a transactional scheme recommended by its professional advisors. The transactions, however, triggered a particular tax consequence that the parties and their advisors had not foreseen, increasing the amount the appellant should have included in its income for tax purposes. Years later, when faced with an assessment for unpaid income tax after an audit by federal tax authorities, the appellant filed a motion to institute proceedings (“motion”) in the Quebec Superior Court for “rectification” of the documents relating to the transactions, in accordance with art. 1425 of the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.”). That article provides that contractual interpretation is most concerned with the common intention of the contracting parties, as opposed to the literal expression of that intention.

[3] The Quebec Superior Court granted the appellant’s motion, but the Quebec Court of Appeal overturned this decision. It saw the appellant’s request as an attempt to rewrite the tax history of the agreement. It held that the appellant’s intention that

*Pierre Zemaitis et Christian Boutin*, pour l’intervenante.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown rendu par

[1] LE JUGE WAGNER — Le présent pourvoi est l’un des deux pourvois connexes concernant des demandes en modification de contrats, de documents ou d’instruments écrits après qu’ils eurent produit des conséquences fiscales indésirables. En l’espèce, la Cour doit déterminer si, en droit civil québécois, l’intention générale des parties contractantes selon laquelle une entente sera fiscalement neutre suffit pour permettre la modification des documents écrits au soutien de cette entente afin qu’ils reflètent cette intention.

[2] L’appelante, une société commerciale québécoise, souhaitait régler un problème de comptabilité sans produire d’incidences fiscales défavorables. À cette fin, sa filiale et elle ont convenu d’un montage transactionnel recommandé par leurs conseillers professionnels. Or, ces transactions ont eu une incidence fiscale particulière que les parties et leurs conseillers n’avaient pas prévue : une augmentation du montant que l’appelante aurait dû inclure dans son revenu à des fins d’imposition. Quelques années plus tard, après avoir fait l’objet d’une vérification par les autorités fiscales fédérales, l’appelante a reçu un avis de cotisation pour des impôts non payés; elle a alors déposé en Cour supérieure du Québec une requête introductive d’instance (« requête ») en vue d’obtenir la « rectification » des documents afférents aux transactions, en application de l’art. 1425 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »). Suivant cette disposition, l’interprétation du contrat est marquée par l’intention commune des parties contractantes, plutôt que par l’expression littérale de cette intention.

[3] La Cour supérieure du Québec a accueilli la requête présentée par l’appelante, mais la Cour d’appel du Québec a infirmé cette décision, considérant la demande de l’appelante comme une tentative de réécrire l’histoire fiscale de l’entente. Elle

the transactions have no adverse tax consequences was insufficiently determinate to serve as the basis for modifying the documents to avoid the unintended and unforeseen tax consequence they had produced.

[4] I would dismiss the appeal. I agree with the Court of Appeal that a taxpayer's intention that the agreement be tax-neutral which is not clearly defined and not related to obligations whose objects are sufficiently determinate or determinable cannot permit the documents recording and implementing the transactions to be amended to give effect to that intention, in accordance with art. 1425 *C.C.Q.* The written or oral expression of a contract can be amended if there is a discrepancy between it and the contracting parties' true agreement. It cannot be amended where there is no such discrepancy but that true agreement merely produces unintended or unanticipated consequences. Amendments must align the written documents with the true agreement they are meant to record and implement, not with the contracting parties' motivations for entering into the agreement or their expectations as to its consequences.

[5] The result in this appeal is bolstered by important policy considerations regarding the modification of written documents in the tax context. It also aligns with the result that would be reached in the common law provinces under the equitable remedy of rectification, which is the focus of the companion appeal, *Canada (Attorney General) v. Fairmont Hotels Inc.*, 2016 SCC 56, [2016] 2 S.C.R. 720 ("*Fairmont*"). Although the equitable remedy and art. 1425 *C.C.Q.* stem from different legal sources, they share similar principles and lead to similar results. Such similar results are particularly welcome in the tax context, where the same federal tax legislation applies throughout the country.

a conclu que l'intention de l'appelante — soit que les transactions n'aient aucune conséquence fiscale défavorable — n'était pas suffisamment déterminée pour justifier que les documents soient modifiés de manière à éviter la conséquence fiscale inattendue qu'ils avaient produite.

[4] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Je conviens avec la Cour d'appel que l'intention d'un contribuable de réaliser une entente neutre sur le plan fiscal — une intention qui n'est pas clairement définie ni liée à des obligations aux objets suffisamment déterminés ou déterminables — ne peut permettre la modification, en application de l'art. 1425 *C.c.Q.*, des documents constatant et exécutant les transactions de manière à ce qu'ils reflètent cette intention. Le libellé d'un contrat, ou son expression verbale, peut être modifié s'il présente un écart par rapport à l'entente véritable intervenue entre les parties. Il ne peut être modifié si cet écart n'existe pas, mais que la véritable entente intervenue entre les parties a simplement produit des conséquences indésirables ou imprévues. Les modifications doivent faire concorder les documents écrits avec l'entente véritable qu'ils sont censés constater et exécuter, non pas avec les raisons ayant motivé les parties contractantes à conclure l'entente ou avec les attentes qu'elles pouvaient avoir sur ses conséquences.

[5] D'importantes considérations de principe relatives à la modification de documents écrits dans le contexte fiscal viennent renforcer l'issue du présent appel. En outre, ce résultat correspond à celui auquel permettrait d'arriver, dans les provinces de common law, la réparation en equity que constitue la rectification, qui est au cœur du pourvoi connexe *Canada (Procureur général) c. Hôtels Fairmont Inc.*, 2016 CSC 56, [2016] 2 R.C.S. 720 (« *Fairmont* »). Bien que la réparation en equity et l'art. 1425 *C.c.Q.* tirent leur origine de sources juridiques différentes, ils partagent des principes semblables et mènent à des résultats semblables, qui sont particulièrement les bienvenus dans le contexte fiscal, puisque les mêmes lois fiscales fédérales s'appliquent dans l'ensemble du pays.

## I. Facts

[6] The appellant, Jean Coutu Group (PJC) Inc. (“PJC Canada”), is incorporated and headquartered in Quebec. At the time of the agreement in question, it was the sole shareholder of Jean Coutu Group (PJC) USA Inc. (“PJC USA”), which is incorporated under the laws of Delaware.

[7] In 2004, PJC USA acquired a chain of pharmacies in the United States as an investment. The value of this investment, as recorded on PJC Canada’s balance sheets, varied from quarter to quarter due to fluctuations in U.S. dollar to Canadian dollar exchange rates until the acquisition is completed. Although these value fluctuations had no tax consequences until that time, they had to be recorded as gains or losses and they thus negatively affected the perceptions of PJC Canada’s investors. PJC Canada consulted professional advisors to find ways to neutralize this effect on perceptions without adverse tax consequences. Its advisors recommended two possible scenarios, one of which PJC Canada selected and executed in 2005:

- (i) Feb. 7, 2005: PJC Canada loans US\$120 million to PJC USA, with interest at London Interbank Offered Rate (“LIBOR”) plus 2.5 percent.
- (ii) Feb. 25, 2005: PJC Canada purchases an additional 10 common shares of PJC USA for US\$70 million.
- (iii) Feb. 25, 2005: PJC USA loans US\$70 million to PJC Canada, with interest at LIBOR plus 2.5 percent.

[8] The above transactional scheme succeeded in neutralizing the effect of the exchange rate fluctuations, but they did not succeed in avoiding tax consequences. In 2010, the Canada Revenue Agency (“CRA”) audited PJC Canada and assessed it for CAN\$2.2 million of unpaid income tax for the years 2005, 2006 and 2007. The CRA concluded that because PJC USA was a controlled foreign affiliate of

## I. Les faits

[6] L’appelante, Le Groupe Jean Coutu (PJC) Inc. (« PJC Canada »), est une société constituée au Québec où elle a en outre son siège social. Au moment où l’entente en cause en l’espèce a été conclue, PJC Canada était l’unique actionnaire de Jean Coutu Group (PJC) USA Inc. (« PJC USA »), une société constituée sous le régime des lois du Delaware.

[7] En 2004, PJC USA a acquis une chaîne de pharmacies américaines à titre d’investissement. La valeur de cet investissement, selon le bilan financier de PJC Canada, variait d’un trimestre à l’autre en raison des fluctuations du taux de change des devises américaines et canadiennes jusqu’à ce que l’acquisition soit achevée. Bien que ces variations n’aient eu aucune conséquence fiscale jusqu’à ce moment-là, elles devaient être consignées en tant que gains ou pertes, ce qui était perçu négativement par les investisseurs de PJC Canada. Cherchant un moyen de neutraliser cette perception négative, et ce sans conséquences fiscales défavorables, PJC Canada a alors consulté des conseillers professionnels. Ces derniers lui ont recommandé deux scénarios. Elle en a choisi un et l’a exécuté en 2005 :

- (i) 7 févr. 2005 : PJC Canada prête 120 millions de dollars US à PJC USA, avec intérêt au taux interbancaire offert à Londres (« TIOL »), plus 2,5 pour 100.
- (ii) 25 févr. 2005 : PJC Canada achète 10 actions ordinaires additionnelles de PJC USA pour la somme de 70 millions de dollars US.
- (iii) 25 févr. 2005 : PJC USA prête 70 millions de dollars US à PJC Canada, avec intérêt au TIOL, plus 2,5 pour 100.

[8] Ce montage transactionnel a permis de neutraliser l’effet des fluctuations du taux de change, mais il n’a pu empêcher les conséquences fiscales. En 2010, l’Agence du revenu du Canada (« ARC ») a procédé à une vérification de PJC Canada et a établi qu’elle devait la somme de 2,2 millions de dollars CAN au titre de l’impôt sur le revenu pour les années 2005, 2006 et 2007. L’ARC a conclu

PJC Canada the interest it had earned during those years on the US\$70 million loan it had advanced to PJC Canada constituted foreign accrual property income (“FAPI”), as defined by s. 95(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), and was taxable as income of PJC Canada pursuant to s. 91(1) of that Act. PJC Canada’s advisors had neither foreseen nor raised the FAPI problem.

## II. Judicial History

### A. *Quebec Superior Court (Chabot J.), 2012 QCCS 6917*

[9] After the CRA audit, PJC Canada brought a motion in the Quebec Superior Court for rectification of the documents related to the agreement and for declaratory relief, contending that its intention that the agreement be tax-neutral was not reflected in the documents. Although the term is perhaps a useful shorthand, rectification is an equitable remedy under the common law, not a Quebec civil law remedy. The parties and the courts below in fact used the term to refer to the correction of an inconsistency between the contracting parties’ common original intention and the expression of that intention in written or oral form, by way of contractual interpretation in accordance with art. 1425 *C.C.Q.* Relying on that article, PJC Canada sought to correct the documents recording and implementing the transactional scheme outlined above by inserting new transactions (iii) and (iv) below, such that the interest payable by PJC Canada to PJC USA would be offset by interest payable by PJC USA to PJC Canada, reducing FAPI to zero:

- (i) Feb. 7, 2005: PJC Canada loans US\$120 million to PJC USA, with interest at LIBOR plus 2.5 percent. (unchanged)

que, puisque PJC USA était une filiale de PJC Canada contrôlée à l’étranger, l’intérêt qu’elle a perçu au cours de ces années sur la somme de 70 millions de dollars US qu’elle avait prêtée à PJC Canada constituait du revenu étranger accumulé, tiré de biens (« RÉATB ») au sens du par. 95(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), imposable à titre de revenu de PJC Canada suivant le par. 91(1) de cette loi. Les conseillers de PJC Canada n’avaient ni prévu ni soulevé le problème de RÉATB.

## II. Historique judiciaire

### A. *Cour supérieure du Québec (le juge Chabot), 2012 QCCS 6917*

[9] Après la vérification de l’ARC, PJC Canada a déposé en Cour supérieure du Québec une requête en rectification des documents relatifs à l’entente et en jugement déclaratoire. Elle soutenait que les documents en cause ne reflétaient pas son intention que l’entente soit neutre sur le plan fiscal. Bien que le terme rectification puisse s’avérer une abréviation utile, la rectification est une réparation en equity dans le système de common law, et non une réparation en droit civil québécois. Les parties et les tribunaux d’instances inférieures ont effectivement employé ce terme pour désigner la correction d’une incompatibilité entre l’intention commune qu’avaient les parties contractantes à l’origine et l’expression de cette intention sous forme écrite ou verbale, par une interprétation du contrat selon l’art. 1425 *C.c.Q.* S’appuyant sur cette disposition, PJC Canada a demandé que les documents constatant et exécutant le montage transactionnel décrit précédemment soient corrigés par l’ajout des nouvelles transactions (iii) et (iv) figurant ci-après, de sorte que l’intérêt payable par PJC Canada à PJC USA soit compensé par l’intérêt payable par PJC USA à PJC Canada, et que le RÉATB soit réduit à néant :

- (i) 7 févr. 2005 : PJC Canada prête 120 millions de dollars US à PJC USA, avec intérêt au TIOL, plus 2,5 pour 100. (inchangé)

- |   |   |
|---|---|
| (ii) Feb. 25, 2005: PJC Canada purchases an additional 10 common shares of PJC USA for US\$70 million. (unchanged)  | (ii) 25 févr. 2005 : PJC Canada achète 10 actions ordinaires additionnelles de PJC USA pour la somme de 70 millions de dollars US. (inchangé) |
| (iii) Feb. 25, 2005: PJC USA pays back US\$70 million of the US\$120 million loan referred to above. ( <i>new</i> ) | (iii) 25 févr. 2005 : PJC USA rembourse 70 millions de dollars US sur le prêt de 120 millions de dollars US susmentionné. ( <i>nouveau</i> )  |
| (iv) Feb. 25, 2005: PJC Canada loans US\$70 million to PJC USA. ( <i>new</i> )                                      | (iv) 25 févr. 2005 : PJC Canada prête 70 millions de dollars US à PJC USA. ( <i>nouveau</i> )   |
| (v) Feb. 25, 2005: PJC USA loans US\$70 million to PJC Canada, with interest at LIBOR plus 2.5 percent. (unchanged) | (v) 25 févr. 2005 : PJC USA prête 70 millions de dollars US à PJC Canada, avec intérêt au TIOL, plus 2,5 pour 100. (inchangé)                 |

[10] The application judge granted PJC Canada's motion. He found that the evidence demonstrated that the clear intention of the parties was to fix the exchange rate fluctuation problem without generating adverse tax consequences. Because such consequences had been generated in the form of FAPI, he held that there was a disparity between the common intention of the parties (*negotium*) and the legal documents drawn up to give effect to that intention (*instrumentum*). He held that he could therefore correct the series of documents to reflect the parties' initial common intention, even if the parties had never originally contemplated the requested corrections. Furthermore, he noted that PJC Canada's failure to consider FAPI was not due to negligence or lack of diligence. He also determined that PJC Canada's request did not constitute an attempt to rewrite the tax history of the agreement, but rather served to correct unforeseen and unwarranted tax consequences. As such, in his opinion, the CRA's rights were not affected by granting the request.

[11] In coming to the above determinations, the application judge did not have the benefit of this Court's reasons in the companion appeals of *AES* and *Riopel*, which were heard together and disposed of in one judgment: *Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 SCC 65, [2013] 3 S.C.R. 838. Therefore, no deference is owed to the application judge on his findings.

[10] Le juge saisi de la demande a accueilli la requête de PJC Canada. Selon lui, la preuve démontre que les parties avaient l'intention claire de régler le problème de fluctuation du taux de change sans conséquences fiscales défavorables. Comme de telles conséquences s'étaient produites sous la forme de RÉATB, il a conclu à une divergence entre l'intention commune des parties (*negotium*) et les documents juridiques rédigés en vue de donner effet à cette intention (*instrumentum*). Il a donc estimé pouvoir corriger la série de documents de manière à refléter l'intention commune initiale des parties, même si ces dernières n'avaient jamais envisagé les corrections demandées. Il a aussi noté que PJC Canada n'avait pas fait preuve de négligence ni manqué de diligence en n'envisageant pas la possibilité d'un RÉATB. De plus, il a conclu que PJC Canada ne tentait pas par sa demande de réécrire l'histoire fiscale de l'entente, mais souhaitait plutôt en corriger les conséquences fiscales imprévues et indésirables. À son avis, faire droit à la requête ne touchait aucunement les droits de l'ARC.

[11] Pour tirer les conclusions mentionnées précédemment, le juge saisi de la demande n'avait pas pu prendre connaissance des motifs de la Cour dans les affaires connexes *AES* et *Riopel*, qui ont été instruites ensemble et ont fait l'objet d'une seule décision : *Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 CSC 65, [2013] 3 R.C.S. 838. En conséquence, il n'y a pas lieu de faire preuve de déférence envers les conclusions de ce juge.

B. *Quebec Court of Appeal (Chamberland, Giroux and Schrager J.J.A.)*, 2015 QCCA 838, [2015] 4 C.T.C. 82

[12] The Court of Appeal allowed the appeal, holding that the application judge had committed a palpable and overriding error in finding that the parties were not seeking to rewrite the tax history of the agreement.

[13] Unlike the application judge, the Court of Appeal was able to benefit from the reasons of this Court in *AES*. According to the Court of Appeal, this Court's judgment in those cases did not overturn all the previous case law in tax matters, which indicates that parties cannot rewrite the history of their agreement and change the transactional scheme because of unintended tax consequences. Rather, the Court of Appeal determined that it is authority for the proposition that parties who choose to carry out a legitimate corporate transaction for the purpose of avoiding, deferring or minimizing tax and who make an error in giving effect to that transaction may correct that error to achieve the tax consequence originally and specifically intended and agreed upon. Parties can restore their agreement to what it should have been where they made a mistake in expressing the transaction in writing, not where they made a mistake in the transaction itself. The Court of Appeal held that the general intent of PJC Canada that the transactional scheme it undertook to be tax-neutral was insufficiently determinate to serve as the basis of a modified agreement that a court should recognize with retroactive effect to cancel unintended tax consequences.

### III. Issue and Positions of the Parties

[14] This appeal raises the following key issue: Where parties agree to undertake one or several transactions with a general intention that tax consequences thereof be neutral, but where unintended and unforeseen tax consequences result, does art. 1425 *C.C.Q.* allow the written documents recording and implementing their agreement to be

B. *Cour d'appel du Québec (les juges Chamberland, Giroux et Schrager)*, 2015 QCCA 838, [2015] 4 C.T.C. 82

[12] La Cour d'appel a accueilli l'appel. Pour elle, le juge saisi de la demande avait commis une erreur manifeste et dominante en concluant que les parties ne tentaient pas de réécrire l'histoire fiscale de l'entente.

[13] Contrairement au juge saisi de la demande, la Cour d'appel a pu prendre connaissance des motifs de la Cour dans l'arrêt *AES*. À son avis, cette décision n'a pas infirmé l'ensemble de la jurisprudence antérieure en matière fiscale, selon laquelle les parties ne peuvent réécrire l'histoire de leur entente et modifier le montage de leurs transactions à cause de conséquences fiscales indésirables. La Cour d'appel a plutôt jugé que l'arrêt *AES* était la proposition selon laquelle les parties qui choisissent d'effectuer une transaction commerciale légitime afin d'éviter, de reporter ou de réduire l'impôt qu'elles devront payer et qui commettent une erreur au moment d'y donner effet peuvent corriger cette erreur afin de produire la conséquence fiscale dont elles avaient initialement et expressément convenu. Cela dit, selon la Cour d'appel, les parties peuvent certes rétablir l'entente qui aurait dû être conclue, n'eût été l'erreur commise dans l'expression écrite de la transaction, mais pas l'erreur commise dans la transaction elle-même. La Cour d'appel a donc conclu que l'intention générale de PJC Canada que le montage transactionnel dont elle avait convenu devait être neutre sur le plan fiscal n'était pas suffisamment déterminée pour justifier la modification d'une entente qu'un tribunal devrait reconnaître avec effet rétroactif pour annuler ses conséquences fiscales indésirables.

### III. Question en litige et thèse des parties

[14] Le pourvoi soulève la question clé suivante : lorsque des parties conviennent de réaliser une ou plusieurs transactions avec l'intention générale que les conséquences fiscales de ces dernières soient neutres, mais que la transaction ou la série de transactions produit des conséquences fiscales indésirables et imprévues, l'art. 1425 *C.c.Q.* permet-il

amended with retroactive effect to make them consistent with that intention of tax neutrality?

[15] PJC Canada asserts that the answer to the above question is yes. It makes three main arguments in support of its position that the court's decision to grant its motion should be restored. First, it argues that, in line with contract law principles as explained in *AES*, rectification was warranted. It claims that the common intention that it and PJC USA had was precise and unequivocal, as recognized by the application judge: to neutralize the effect of exchange rate fluctuations without generating adverse tax consequences. It says that this intention was erroneously expressed in the documents underlying the transactions executed in 2005, and should thus be corrected by inserting the two proposed transactions with retroactive effect. According to PJC Canada, the fact that it did not conceptualize these transactions at the time of contract formation does not bar rectification. Second, PJC Canada argues that the Court of Appeal's conclusion that the motion was an attempt to rewrite the tax history of the agreement is fatally flawed because it is based on a factual error. Finally, PJC Canada asks this Court to adopt certain guiding principles that it proposes should govern rectification requests under art. 1425 *C.C.Q.*, adding that its own request conforms to these principles.

[16] The respondent, the Attorney General of Canada, counters that rectification is not available in the instant appeal, for two reasons based on evidence. First, the respondent argues that there is no evidence demonstrating that PJC Canada and PJC USA reached an oral agreement before accepting the written documents relating to the transactions, which means that the written documents are the manifestation of their exchange of consents and thus an accurate reflection of the juridical operation envisaged and agreed on by them. Second, and

de modifier avec effet rétroactif les documents écrits constatant et exécutant leur entente de façon à ce qu'ils soient conformes à leur intention de neutralité fiscale?

[15] PJC Canada affirme que la question appelle une réponse affirmative. Elle avance trois principaux arguments à l'appui de sa position selon laquelle la décision de première instance d'accueillir sa requête doit être rétablie. Premièrement, elle soutient que, conformément aux principes du droit des contrats qui sont expliqués dans l'arrêt *AES*, la rectification des documents était justifiée. Elle prétend que l'intention qu'elle et PJC USA avaient était précise et non équivoque, comme l'a reconnu le juge saisi de la demande : il s'agissait de neutraliser l'effet des fluctuations du taux de change sans produire de conséquences fiscales défavorables. PJC Canada affirme en outre que les documents constatant les transactions conclues en 2005 représentaient une expression erronée de cette intention, et qu'ils devraient donc être corrigés, avec effet rétroactif, par l'ajout des deux transactions proposées. Selon PJC Canada, le fait qu'elle n'avait pas envisagé ces transactions au moment de la formation du contrat ne fait pas obstacle à la rectification. Deuxièmement, PJC Canada plaide que la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle la requête en rectification constituait une tentative de réécrire l'histoire fiscale de l'entente est entachée d'un vice fatal parce qu'elle est fondée sur une erreur factuelle. Enfin, PJC Canada demande à la Cour d'adopter certains principes directeurs qui, selon elle, devraient régir les demandes en rectification fondées sur l'art. 1425 *C.c.Q.*, ajoutant que sa propre demande respecte ces principes.

[16] L'intimé, le procureur général du Canada, réplique qu'il est impossible de procéder par voie de rectification dans le présent pourvoi, et ce, pour deux raisons fondées sur la preuve. Premièrement, selon lui, aucun élément de preuve n'établit que PJC Canada et PJC USA ont conclu une entente verbale avant d'accepter les documents écrits afférents aux transactions, de sorte que ces documents écrits représentent la manifestation de l'échange de consentement intervenu entre elles et reflètent donc exactement l'opération juridique envisagée

in the alternative, the respondent asserts that even if there was an oral agreement, there was no error in the written documents transcribing it that would allow for rectification, because the documents reflected exactly what the parties had agreed. The respondent says that rectification does not allow parties to add further transactions they never initially considered, and that PJC Canada is confusing the parties' objectives in entering into the contract — neutralizing the exchange rate problem without generating adverse tax consequences — with common intention, which pertains to the transactions on which they agreed. However, the respondent acknowledges that the Court of Appeal made the factual error identified by PJC Canada but submits that it is immaterial. Finally, the respondent argues that there is no need for this Court to adopt the guiding principles PJC Canada proposes, as the current jurisprudence offers sufficient guidance.

#### IV. Analysis

A. *A General Intention of Tax Neutrality Related to Obligations Whose Objects Are Not Determinate or Determinable Does Not Permit the Modification of Written Instruments in Accordance With Article 1425 C.C.Q.*

##### (1) Contracts Under Quebec Civil Law

[17] In this Court's recent decision in *AES*, LeBel J. thoroughly canvassed the principles of contract formation under Quebec civil law, and he did so in a similar context, in which taxpayers were asking the courts to authorize and recognize amendments to written documents in accordance with art. 1425 *C.C.Q.* after transactions implemented by those documents triggered unintended tax results. LeBel J.'s reasons are thus highly instructive in the instant appeal. Article 1425 *C.C.Q.* reads: "The common intention of the parties rather than adherence to the literal meaning of the words shall be sought in interpreting a contract."

et conclue par elles. Deuxièmement, et subsidiairement, pour l'intimé, même s'il y avait eu entente verbale, les documents écrits la constatant ne contiennent aucune erreur qui justifierait une rectification, parce qu'ils constatent précisément ce dont les parties avaient convenu. L'intimé précise que la rectification ne permet pas aux parties d'ajouter des transactions qu'elles n'avaient jamais envisagées au départ, et que PJC Canada confond l'objectif des parties en concluant le contrat — neutraliser le problème de taux de change sans produire de conséquences fiscales défavorables — avec leur intention commune, qui touche aux transactions dont elles ont convenu. L'intimé reconnaît toutefois que la Cour d'appel a commis l'erreur factuelle relevée par PJC Canada, mais il plaide qu'elle est sans importance. Enfin, l'intimé soutient qu'il n'est pas nécessaire que la Cour adopte les principes directeurs proposés par PJC Canada parce que la jurisprudence actuelle a établi des paramètres d'analyse suffisants.

#### IV. Analyse

A. *Une intention générale de neutralité fiscale relative à des obligations aux objets non déterminés ou déterminables ne permet pas de modifier des documents écrits en application de l'art. 1425 C.c.Q.*

##### (1) Les contrats en droit civil québécois

[17] Dans le récent arrêt *AES* de la Cour, le juge LeBel a examiné en profondeur les principes de la formation des contrats en droit civil québécois, et ce, dans un contexte semblable à celui de l'espèce, où des contribuables demandaient aux tribunaux d'autoriser et de reconnaître, en application de l'art. 1425 *C.c.Q.*, les modifications apportées à des documents écrits après que les transactions constatées par ces documents eurent produit des conséquences fiscales indésirables. Les motifs du juge LeBel sont donc très utiles pour juger du présent pourvoi. L'article 1425 *C.c.Q.* prévoit que « [d]ans l'interprétation du contrat, on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés. »

[18] Under Quebec civil law, a contract is an agreement of wills that is formed by the exchange of consents. The agreement or contract lies in the common intention of the parties, not in the oral or written declaration of that intention, which is their declared will. See *AES*, at paras. 32 and 48; J. Pineau, D. Burman and S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4th ed. 2001), by J. Pineau and S. Gaudet, at p. 400; J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (7th ed. 2013), by P.-G. Jobin and N. Vézina, at p. 82; D. Lluelles and B. Moore, *Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at para. 173. Written documents can thus be amended with retroactive effect to make them consistent with the true contract or agreement between the parties (*AES*; Lluelles and Moore, at para. 1574) as was the case in *AES*. There are, however, certain principles surrounding obligations and the formation of contracts which must be kept in mind when parties rely on art. 1425 *C.C.Q.* and ask courts to modify the documents expressing their common intention. I will review them below.

[19] According to art. 1371 *C.C.Q.*, “[i]t is of the essence of an obligation that there be persons between whom it exists, a prestation which forms its object, and, in the case of an obligation arising out of a juridical act, a cause which justifies its existence.” The object of an obligation is the prestation that the debtor is bound to render to the creditor and which consists in doing or not doing something under art. 1373 *C.C.Q.* The object of the prestation is the thing that the prestation relates to. See Lluelles and Moore, at para. 1049. Further, art. 1373 provides that the prestation has to be “possible and determinate or determinable” and “neither forbidden by law nor contrary to public order”, whereas art. 1374 *C.C.Q.* reads that “[t]he prestation may relate to any property, even future property, provided that the property is determinate as to kind and determinable as to quantity.” See Baudouin and Jobin, at pp. 34-35; Lluelles and Moore, at para. 1049.3. Such a requirement about the nature of the prestation, whether it relates to property or not, is necessary because parties must know the extent of their rights and obligations under the contract.

[18] En droit civil québécois, un contrat est un accord de volonté qui se réalise par l'échange des consentements. L'accord ou le contrat se trouve dans la volonté commune des parties, non pas dans la déclaration, orale ou écrite, de cette volonté, qui est leur volonté déclarée. Voir *AES*, par. 32 et 48; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4<sup>e</sup> éd. 2001), par J. Pineau et S. Gaudet, p. 400; J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (7<sup>e</sup> éd. 2013), par P.-G. Jobin et N. Vézina, p. 82; D. Lluelles et B. Moore, *Droit des obligations* (2<sup>e</sup> éd. 2012), par. 173. Les documents écrits peuvent donc être modifiés avec effet rétroactif de façon à les rendre compatibles avec le contrat ou l'entente véritable qui est intervenue entre les parties (*AES*; Lluelles et Moore, par. 1574) comme c'était le cas dans l'affaire *AES*. Il convient, cependant, de garder à l'esprit certains principes relatifs aux obligations et à la formation des contrats lorsque des parties s'appuient sur l'art. 1425 *C.c.Q.* et s'adressent aux tribunaux en vue de modifier les documents exprimant leur intention commune. Je les examinerai ci-après.

[19] Aux termes de l'art. 1371 *C.c.Q.*, « [i]l est de l'essence de l'obligation qu'il y ait des personnes entre qui elle existe, une prestation qui en soit l'objet et, s'agissant d'une obligation découlant d'un acte juridique, une cause qui en justifie l'existence. » L'objet de l'obligation contractuelle est la prestation à laquelle le débiteur est tenu envers le créancier et qui consiste à faire ou à ne pas faire quelque chose comme le prévoit l'art. 1373 *C.c.Q.* L'objet de la prestation est la chose sur laquelle porte la prestation. Voir Lluelles et Moore, par. 1049. De plus, l'art. 1373 prévoit que la prestation doit être « possible et déterminée ou déterminable » en plus de n'« être ni prohibée par la loi ni contraire à l'ordre public »; l'art. 1374 *C.c.Q.* pour sa part prévoit que « [l]a prestation peut porter sur tout bien, même à venir, pourvu que le bien soit déterminé quant à son espèce et déterminable quant à sa quotité. » Voir Baudouin et Jobin, p. 34-35; Lluelles et Moore, par. 1049.3. Cette condition sur la nature de la prestation, qu'elle porte sur un bien ou non, est nécessaire, puisque les parties doivent connaître l'étendue des droits et des obligations que leur confère ou impose le contrat.

[20] Article 1378 para. 1 *C.C.Q.* defines a contract as “an agreement of wills by which one or several persons obligate themselves to one or several other persons to perform a prestation”. A contract has a cause, which art. 1410 *C.C.Q.* defines as “the reason that determines each of the parties to enter into the contract”. It also has an object upon which the parties must agree, which art. 1412 *C.C.Q.* defines as “the juridical operation envisaged by the parties at the time of its formation, as it emerges from all the rights and obligations created by the contract”. See also *AES*, at para. 30; Pineau, Burman and Gaudet, at p. 272; Lluellas and Moore, at paras. 1049 and 1051. In other words, the underlying purpose or motivation behind the parties entering into the contract is the cause of the contract, not to be confused with its object, which is the juridical operation they agree on: Pineau, Burman and Gaudet, at pp. 285-90; Lluellas and Moore, at paras. 1061 and 1061.2.

[21] As the above discussion shows, “for a contract to exist and become a legal reality, the parties’ undertakings must be sufficiently precise to establish the details of the contemplated operation”: *AES*, at para. 31. Importantly, LeBel J. explained that, because an intention of tax minimization can be neither the object of a contract nor the object of an obligation under a contract, it cannot serve as a basis for modifying the written documents or instruments expressing the contract:

Taxpayers should not view this recognition of the primacy of the parties’ internal will — or common intention — as an invitation to engage in bold tax planning on the assumption that it will always be possible for them to redo their contracts retroactively should that planning fail. A taxpayer’s intention to reduce his or her tax liability would not on its own constitute the object of an obligation within the meaning of art. 1373 *C.C.Q.*, since it would not be sufficiently determinate or determinable. Nor would it even constitute the object of a contract within the meaning of art. 1412 *C.C.Q.*. Absent a more precise and more clearly defined object, no contract would be formed. In such a case, art. 1425 could not be relied on to justify seeking the common intention of the parties in order to give effect to that intention despite the words of the writings prepared to record it. As

[20] Le premier alinéa de l’art. 1378 *C.c.Q.* définit le contrat comme « un accord de volonté, par lequel une ou plusieurs personnes s’obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation ». Un contrat a une cause, que l’art. 1410 *C.c.Q.* définit comme « la raison qui détermine chacune des parties à le conclure ». Il a également un objet dont les parties doivent convenir, et que l’art. 1412 *C.c.Q.* définit comme « l’opération juridique envisagée par les parties au moment de sa conclusion, telle qu’elle ressort de l’ensemble des droits et obligations que le contrat fait naître ». Voir aussi *AES*, par. 30; Pineau, Burman et Gaudet, p. 272; Lluellas et Moore, par. 1049 et 1051. Autrement dit, la raison qui a incité les parties à conclure le contrat est la cause du contrat, qu’il ne faut pas confondre avec son objet, qui est l’opération juridique sur laquelle elles s’entendent : Pineau, Burman et Gaudet, p. 285-290; Lluellas et Moore, par. 1061 et 1061.2.

[21] Comme le montre l’analyse qui précède, « l’existence d’un contrat et son émergence à la vie juridique présupposent que les engagements des parties sont suffisamment précis pour établir les paramètres de l’opération envisagée » : *AES*, par. 31. Fait important, le juge LeBel a expliqué que l’intention de réduire l’impôt à payer ne peut faire l’objet d’un contrat ou d’une obligation contractuelle, de sorte qu’elle ne saurait justifier la modification des documents écrits constatant le contrat :

En effet, les contribuables ne devraient pas interpréter cette reconnaissance de la primauté de la volonté interne — ou intention commune — des parties comme une invitation à se lancer dans des planifications fiscales audacieuses, en se disant qu’il leur sera toujours possible de refaire leurs contrats rétroactivement en cas d’échec de ces planifications. L’intention d’un contribuable de réduire ses obligations fiscales ne saurait à elle seule constituer l’objet de l’obligation au sens de l’art. 1373 *C.c.Q.*, compte tenu de son caractère insuffisamment déterminé ou déterminable, ni même l’objet du contrat au sens de l’art. 1412 *C.c.Q.*. En l’absence d’un objet plus précis et mieux défini, aucun contrat ne serait formé. L’article 1425 ne pourrait dans un tel cas être invoqué pour justifier la recherche de l’intention commune des parties afin de lui donner effet, malgré les termes des écrits préparés pour la constater.

I mentioned above, the agreements between the parties in both appeals were validly formed in that, according to evidence that the [Agence du revenu du Québec] did not contradict, they provided for obligations whose objects were sufficiently determinable. These agreements provided, for the corporations in question, for the establishment of determinate structures that would, had they been drawn up properly, have made it possible to meet the objectives being pursued by the parties. The subsequent amendments did not alter the nature of the structures contemplated at the outset. All they did was amend writings that were supposed to give effect to the common intention, an intention that had been clearly defined and that related to obligations whose objects were determinate or determinable. [Emphasis added; para. 54.]

[22] Although LeBel J. spoke of reducing tax liability, in my view his comments apply equally to the general intention of contracting parties to achieve tax neutrality. By general intention, I mean that contracting parties have no specific tax consequence in mind (beyond a broad intention that no adverse tax consequences result) and have not agreed on a particular prestation or set of prestations that would, if expressed correctly, yield the intended consequence.

[23] A taxpayer's general intention of tax neutrality cannot form the object of a contract within the meaning of art. 1412 *C.C.Q.*, because it is insufficiently precise. It entails no sufficiently precise agreed-on juridical operation. Nor can such a general intention in itself relate to prestations that are determinate or determinable within the meaning of art. 1373 *C.C.Q.* It says nothing about what one party is bound to do or not do for the benefit of the other. Therefore, a general intention of tax neutrality, in the absence of a precise juridical operation and a determinate or determinable prestation or prestations, cannot give rise to a common intention that would form part of the original agreement (*negotium*) and serve as a basis for modifying the written documents expressing that agreement (*instrumentum*). As a result, art. 1425 *C.C.Q.* cannot be relied on to give effect to a general intention of tax neutrality where the writings recording the

Comme je l'ai souligné plus haut, dans les deux appels, les ententes entre les parties s'étaient valablement formées, puisqu'elles prévoyaient des obligations aux objets suffisamment déterminables, selon une preuve que l'[Agence du revenu du Québec] n'a jamais contredite. Ces ententes prévoyaient, pour les sociétés concernées, la mise en place de structures déterminées qui, si elles avaient été élaborées correctement, auraient permis de réaliser les objectifs des parties impliquées. Les modifications apportées par la suite ne changeaient pas la nature de la structure envisagée au départ. Elles se bornaient à modifier les écrits qui étaient censés donner effet à l'intention commune — intention clairement établie et portant sur des obligations aux objets déterminés ou déterminables. [Je souligne; par. 54.]

[22] Le juge LeBel parlait de la réduction des obligations fiscales, mais j'estime que ses commentaires peuvent tout autant s'appliquer à l'intention générale des parties contractantes d'assurer la neutralité fiscale d'une opération. Ce que j'entends par intention générale, c'est que les parties contractantes n'ont aucune conséquence fiscale précise en tête (sinon l'intention générale que l'opération ne produise aucune conséquence fiscale défavorable), et qu'elles n'ont convenu d'aucune prestation particulière, ou série de prestations, qui, correctement exprimée, produit la conséquence voulue.

[23] L'intention générale de neutralité fiscale d'un contribuable ne saurait constituer l'objet d'un contrat au sens de l'art. 1412 *C.c.Q.*, parce qu'elle n'est pas suffisamment précise. Elle ne suppose aucune opération juridique suffisamment précise sur laquelle les parties se seraient entendues. Une telle intention générale ne peut pas non plus en elle-même avoir trait à des prestations déterminées ou déterminables comme l'exige l'art. 1373 *C.c.Q.* Elle ne dit rien de ce qu'une partie s'est engagée envers l'autre à faire ou à ne pas faire. En conséquence, une intention générale de neutralité fiscale ne peut, en l'absence d'une opération juridique précise et d'une prestation, ou de prestations, déterminée ou déterminable, donner lieu à une intention commune emportant formation de l'entente originale (*negotium*) et justifier la modification des documents écrits constatant cette entente (*instrumentum*). C'est pourquoi on ne saurait s'appuyer sur l'art. 1425 *C.c.Q.* pour donner effet à

contracting parties' common intention produce unintended and unforeseen tax consequences.

[24] In my opinion, when unintended tax consequences result from a contract whose desired consequences, whether in whole or in part, are tax avoidance, deferral or minimization, amendments to the expression of the agreement in accordance with art. 1425 *C.C.Q.* can be available only under two conditions. First, if the unintended tax consequences were originally and specifically sought to be avoided, through sufficiently precise obligations which objects, the prestations to execute, are determinate or determinable; and second, when the obligations, if properly expressed and the corresponding prestations, if properly executed, would have succeeded in doing so. This is because contractual interpretation focuses on what the contracting parties actually agreed to do, not on what their motivations were in entering into an agreement or the consequences they intended it to have.

[25] Such a reading of arts. 1412 and 1373 *C.C.Q.* doesn't mean that amendments to the expression of the agreement in accordance with art. 1425 *C.C.Q.* can be available only to correct clerical errors. It upholds, however, the requirements stipulated in the *C.C.Q.* according to which the object of a contract needs to be precise and the object of an obligation sufficiently determinate or determinable to be recognized as the common intention of the parties to be sought when interpreting a contract.

(2) Application of the Above Principles to the Instant Appeal

(a) *The Appellant's Motion Should Not Have Been Granted*

[26] In my view, the Court of Appeal was right to allow the appeal. Article 1425 *C.C.Q.* does not allow PJC Canada and PJC USA to retroactively

une intention générale de neutralité fiscale lorsque les écrits constatant l'intention commune des parties contractantes produisent des conséquences fiscales imprévues et indésirables.

[24] À mon avis, lorsqu'un contrat, dont l'effet voulu est, en tout ou en partie, d'éviter, de reporter ou de minimiser l'impôt payable, produit des conséquences fiscales indésirables, l'expression de l'entente ne pourra être modifiée sur le fondement de l'art. 1425 *C.c.Q.* qu'à deux conditions. Premièrement, si les parties à l'entente cherchaient expressément au départ à éviter ces conséquences fiscales au moyen d'obligations suffisamment précises dont les objets, soit les prestations à exécuter, sont déterminés ou déterminables; et, deuxièmement, si les obligations, dans la mesure où elles avaient été correctement exprimées, et les prestations correspondantes, dans la mesure où elles avaient été correctement exécutées, avaient eu l'effet recherché. Il en est ainsi parce que l'interprétation des contrats est axée sur ce que les parties contractantes ont vraiment convenu de faire, et non sur les raisons qu'elles avaient de conclure le contrat ou sur les conséquences qu'elles voulaient que ce contrat produise.

[25] Une telle interprétation des art. 1412 et 1373 *C.c.Q.* ne signifie pas que l'expression d'une entente ne pourra être modifiée sur le fondement de l'art. 1425 *C.c.Q.* que pour corriger les erreurs d'écriture. Elle consacre, cependant, les exigences du *C.c.Q.* suivant lesquelles l'objet d'un contrat doit être précis et celui d'une obligation doit être suffisamment déterminé ou déterminable pour qu'on y retrouve l'intention commune des parties recherchée au moment de l'interprétation d'un contrat.

(2) Application au présent pourvoi des principes énoncés précédemment

a) *La requête de l'appelante n'aurait pas dû être accueillie*

[26] À mon avis, la Cour d'appel a eu raison d'accueillir l'appel. L'article 1425 *C.c.Q.* ne permet pas à PJC Canada et à PJC USA de modifier avec effet

amend the documents recording and implementing their agreement in the circumstances of this case. There was no error in the way their agreement was expressed. Moreover, they did not turn their minds to FAPI or a particular means of avoiding it, but merely had a general intention that their agreement be tax-neutral.

[27] PJC Canada emphasizes the application judge's finding that it and PJC USA had the common intention of both neutralizing the effect of exchange rate fluctuations and generating no tax consequences. It accordingly argues that it did not need to conceptualize the precise set of prestations or transactions required to give effect to its intention of tax neutrality. I disagree.

[28] As outlined above, a general intention of tax neutrality, not related to obligations whose objects are determinate or determinable, cannot, on its own, give rise to a common intention that would form part of the original contract and permit the requested modifications. One should not confuse the notion of a contract, which is an agreement of wills for the purpose of carrying out juridical operation, with its consequences: *AES*, at para. 28; Pineau, Burman and Gaudet, at p. 271-72. As Professors Lluellas and Moore put it:

[TRANSLATION] The object of a contract must not be confused with its effect. . . . Unlike the former Code — and most other civil law legislation — the *Civil Code of Québec* makes a clear distinction between the object of a contract (art. 1412), the object of an obligation (art. 1373) and the effect of a contract (art. 1433). [para. 1050]

The intention that no adverse tax consequences result from a contract is more accurately described as the intended consequence of the contract, while the intention of neutralizing the effect of exchange rate fluctuations is more accurately described as the cause of the contract: art. 1410 *C.C.Q.* Neither constitutes a contract, the object of a contract or the object of an obligation, and neither can ground the retroactive modification of documents that accurately record and implement what both parties actually agreed to do.

rétroactif les documents constatant et exécutant leur entente dans les circonstances de l'espèce. L'expression de cette entente ne comportait aucune erreur. Qui plus est, les parties contractantes n'avaient pas songé à la question du RÉATB ou à un moyen particulier pour l'éviter; ils n'avaient que l'intention générale que l'entente soit neutre sur le plan fiscal.

[27] PJC Canada insiste sur le fait que, pour le juge saisi de la demande, leur intention commune à elle et à PJC USA était de neutraliser l'effet des fluctuations du taux de change et de ne produire aucune conséquence fiscale. Elle affirme donc qu'elle n'avait pas à songer à la série de prestations ou transactions nécessaires pour donner effet à son intention de neutralité fiscale. Je ne suis pas d'accord.

[28] Comme je l'ai mentionné, une intention générale de neutralité fiscale qui n'est pas liée à des obligations aux objets déterminés ou déterminables ne peut, en elle-même, donner lieu à une intention commune emportant formation du contrat original et permettre les modifications demandées. Il ne faut pas confondre le contrat, qui est un accord de volonté sur la réalisation d'une opération juridique, avec ses conséquences : *AES*, par. 28; Pineau, Burman et Gaudet, p. 271-272. Comme l'indiquent les professeurs Lluellas et Moore :

L'objet du contrat ne doit pas davantage être confondu avec son effet. [ . . . ] Contrairement au Code antérieur — et à la plupart des autres législations civilistes —, le *Code civil du Québec* distingue nettement l'objet du contrat (art. 1412), de l'objet de l'obligation (art. 1373) et de l'effet du contrat (art. 1433). [par. 1050]

Ainsi, il serait plus exact de dire que l'intention selon laquelle aucune conséquence fiscale défavorable ne doit découler du contrat est la conséquence recherchée par les parties au contrat, et que l'intention de neutraliser l'effet des fluctuations du taux de change est la cause du contrat : art. 1410 *C.c.Q.* Ni l'une ni l'autre ne constitue un contrat, l'objet d'un contrat ou l'objet d'une obligation, et ni l'une ni l'autre ne peut justifier que l'on modifie avec effet rétroactif des documents qui constatent et exécutent avec exactitude ce que les deux parties avaient vraiment convenu de faire.

[29] Written documents can be modified in accordance with art. 1425 *C.C.Q.* so that they accurately reflect the true agreement between the parties. The agreement itself cannot be modified to achieve whatever results the parties may have desired or expected in entering into it. PJC Canada and PJC USA agreed on the precise set of prestations they wanted to execute, and there was no error in the way their agreement was expressed or executed. It simply resulted in unforeseen and undesirable tax consequences for PJC Canada. In the words of the respondent, there was a mistake in the transactions agreed to, not in the way they were expressed.

[30] *AES* and *Riopel* provide a useful contrast and illustrate the importance of agreeing on precise transactional scheme to achieve a certain tax result. In those cases, the contracting parties had agreed on a particular set of prestations to defer tax payable. The “agreements provided . . . for the establishment of determinate structures that would, had they been drawn up properly, have made it possible to meet the objectives being pursued by the parties”, namely tax deferral on a share exchange using rollover provisions in the tax legislation (*AES*) and tax deferral on a corporate amalgamation as part of a detailed tax plan, again under particular tax provisions (*Riopel*): *AES*, at para. 54 (emphasis added). Because of mistakes in the documents recording and implementing the contracting parties’ agreements, tax was not deferred. In the *AES* case, the mistake consisted of a miscalculation in the adjusted cost base (“ACB”) of the transferred shares — the procedure agreed to by the parties required the issuance and delivery of a note for an amount precisely equal to the shares’ ACB. In the *Riopel* case, the mistake was that the parties’ tax advisors reversed the order of certain transactions, contrary to the detailed tax plan to which the parties had verbally agreed.

[29] Des documents écrits peuvent être modifiés en application de l’art. 1425 *C.c.Q.* pour qu’ils reflètent avec exactitude l’entente véritable intervenue entre les parties. Par contre, l’entente comme telle ne peut être modifiée pour atteindre les résultats, quels qu’ils soient, que les parties peuvent avoir voulu ou escomptés en la concluant. PJC Canada et PJC USA se sont entendues sur la série de prestations précises qu’elles voulaient exécuter, et il n’y a eu aucune erreur dans la façon d’exprimer ou d’exécuter cette entente. Cette dernière a simplement eu pour PJC Canada des effets imprévus et indésirables sur le plan fiscal. Comme le dit l’intimé, l’erreur réside dans les transactions dont les parties ont convenu, non dans la façon dont elles ont été exprimées.

[30] Les affaires *AES* et *Riopel* offrent un contraste utile et montrent l’importance de l’entente sur le montage transactionnel précis qui permettra d’obtenir un certain résultat sur le plan fiscal. Dans ces affaires, les parties contractantes s’étaient entendues sur une série de prestations visant à reporter l’impôt payable. Les « ententes prévoyaient [. . .] la mise en place de structures déterminées qui, si elles avaient été élaborées correctement, auraient permis de réaliser les objectifs visés par les parties impliquées », soit un report de l’impôt découlant d’un transfert d’actions faisant appel aux dispositions de roulement des lois fiscales (*AES*), et un report de l’impôt consécutif à une planification fiscale détaillée comportant une fusion de sociétés commerciales, fondée encore là sur certaines dispositions fiscales (*Riopel*) : *AES*, par. 54 (je souligne). À cause d’erreurs dans les documents constatant et exécutant les accords conclus entre les parties contractantes, l’impôt n’a pas été reporté. Dans l’affaire *AES*, l’erreur résidait dans le calcul du prix de base rajusté (« PBR ») des actions transférées — la procédure acceptée par les parties prévoyait l’émission et la remise d’un billet égal au montant exact du PRB. Dans l’affaire *Riopel*, l’erreur tenait au fait que les conseillers fiscaux des parties avaient inversé l’ordre de certaines transactions, contrairement à la planification fiscale détaillée sur laquelle les parties s’étaient entendues verbalement.

[31] In contrast, in the appeal here, the parties to the contract did not originally and specifically agree upon a juridical operation for the purpose of turning their general intention to neutralize tax consequences into a series of specific obligations and prestations. This general intention of the parties was not sufficiently precise to establish the details of a contemplated operation: *AES*, at para. 31. The parties did not agree to carry out, for example, a detailed tax plan: *AES*, at para. 36. There is no defective act that expressed incorrectly what they would have specifically agreed to: *AES*, at para. 38. There is no gap to fill in the text in order to give effect to the parties' common intention, as such intention was never clearly defined and related to obligations whose objects, the prestations, are determinate or determinable: *AES*, at paras. 48, 52 and 54. There is no agreement of will not implemented properly: *AES*, at para. 37. The determinate scenario agreed on by PJC Canada and PJC USA was drawn up properly, but because it was drawn up properly, it produced unintended and unforeseen tax consequences.

[32] In line with the above, if PJC Canada and PJC USA had turned their minds to FAPI and had agreed to a transactional scheme that, if recorded and implemented properly, would have accomplished the goal of neutralizing currency fluctuations while also preventing the generation of FAPI, it would be appropriate to permit the written documents related to the transactions to be amended if that common intention was improperly transcribed in them. But this is not what happened.

[33] PJC Canada says that it is enough that FAPI was determinable at the time of contract formation, like the ACB of the shares in *AES*. It is true that prestations do not need to be determined at the moment of the contract's formation, as long as they are determinable, meaning that the parties agree on pre-determined and objective criteria for determining them. See Pineau, Burman and Gaudet, at p. 274; Lluellas and Moore, at paras. 1049.8 to 1049.13. Yet there is a fundamental difference between a

[31] Par contre, dans le présent pourvoi, les parties au contrat n'avaient pas convenu spécifiquement à l'origine d'une série d'obligations et de prestations précises qui constitueraient l'opération juridique en vue de mettre en œuvre leur intention générale de neutraliser les conséquences fiscales. Cette intention générale des parties n'était pas suffisamment précise pour établir les paramètres de l'opération envisagée : *AES*, par. 31. Les parties ne se sont pas entendues pour réaliser, à titre d'exemple, une planification fiscale détaillée : *AES*, par. 36. Il n'y a pas d'acte erroné exprimant incorrectement ce sur quoi elles se seraient précisément entendues : *AES*, par. 38. Il n'y a pas de vide à combler dans le texte afin de donner effet à l'intention commune des parties, car cette intention n'a jamais été clairement établie et liée à des obligations dont les objets, les prestations, étaient déterminés ou déterminables : *AES*, par. 48, 52 et 54. Aucun accord de volonté n'a été exécuté erronément : *AES*, par. 37. Le scénario déterminé dont avaient convenu PJC Canada et PJC USA a été élaboré correctement, mais parce qu'il a été élaboré correctement, il a produit des conséquences fiscales indésirables et imprévues.

[32] En conséquence, si PJC Canada et PJC USA s'étaient arrêtées à la question du RÉATB et avaient convenu d'un montage transactionnel qui, s'il avait été constaté et exécuté correctement, aurait permis de réaliser l'objectif de neutraliser l'effet des fluctuations monétaires tout en évitant de produire du RÉATB, il serait approprié d'autoriser la modification des documents écrits afférents à ces transactions s'ils présentaient une transcription erronée de cette volonté commune. Ce n'est toutefois pas ce qui s'est passé.

[33] PJC Canada soutient qu'il suffit que le RÉATB ait été déterminable au moment de la formation du contrat, comme l'était le PBR des actions dans l'affaire *AES*. Il est vrai qu'il n'est pas nécessaire que la prestation soit déterminée au moment de la formation du contrat, pourvu qu'elle soit déterminable, c'est-à-dire que les parties conviennent de critères de détermination de la prestation qui soient prédéterminés et objectifs. Voir Pineau, Burman et Gaudet, p. 274; Lluellas

contract under which one of a party's prestations — necessary for obtaining the intended tax result — is to issue and deliver a note in an objectively calculable amount equal to the ACB of transferred shares, and a contract under which there is no obligation addressing FAPI, and no prestations agreed on that would prevent its fiscal consequences. Parties to a contract must know their rights and obligations under it.

[34] Although I agree with PJC Canada that modifications to written documents expressing parties' agreement can include the insertion of transactions, this is possible only where doing so would bridge the gap between the contracting parties' common intention and the written expression thereof. This would be the case if, for instance, PJC Canada and PJC USA had agreed on a transactional scheme that would successfully avoid the generation of FAPI but, for some reason, one or more of the transactions agreed on was mistakenly omitted. There is no such gap in the instant appeal.

[35] That being said, the comparison between what was required to do in *AES* to implement the correction and what would be required in the present case if the parties' motion is granted, is irrelevant. It is not the nature of the modifications contemplated by the parties in the present case that thwart their request, but the fact that their intention was not initially, sufficiently defined and does not relate to obligations whose objects are determinate or determinable, as to justify such modifications under art. 1425 *C.C.Q.*

(b) *The Court of Appeal's Factual Error Is Inconsequential*

[36] The Court of Appeal stated that the rectification sought by PJC Canada was to implement the second of the two scenarios that its professional advisors had suggested and that PJC Canada had

et Moore, par. 1049.8 à 1049.13. Il existe pourtant une différence fondamentale entre un contrat selon lequel une des prestations à laquelle une partie est tenue — pour obtenir le résultat fiscal voulu — consiste en l'émission et la remise d'un billet égal au montant objectivement calculable du PBR des actions transférées, et un contrat en vertu duquel il n'existe ni obligation concernant un RÉATB, ni prestations dont les parties auraient convenu pour empêcher que ne surviennent les conséquences fiscales. Les parties à un contrat doivent connaître les droits que ce contrat leur confère et les obligations qu'il leur impose.

[34] Bien que je convienne avec PJC Canada que l'on peut modifier des documents écrits constatant l'entente entre les parties en y ajoutant des transactions, cela n'est possible que si, ce faisant, on comble l'écart entre l'intention commune des parties contractantes et son expression écrite. Ce serait le cas si, par exemple, PJC Canada et PJC USA avaient convenu d'un montage transactionnel qui aurait permis d'éviter la production de RÉATB mais que, pour une raison quelconque, on avait par erreur omis de consigner une ou plusieurs de ces transactions dans le contrat. Un tel écart n'existe pas en l'espèce.

[35] Cela étant dit, la comparaison entre ce qu'il fallait faire dans *AES* pour corriger l'entente et ce qu'il faudrait faire en l'espèce si la requête des parties était accueillie n'est pas pertinente. Ce n'est pas la nature des modifications qu'envisagent les parties en l'espèce qui fait échec à leur demande, mais le fait que leur intention n'était pas suffisamment précise à l'origine et qu'elle n'avait pas trait à des obligations aux objets déterminés ou déterminables, ce qu'il aurait fallu pour que ces modifications soient possibles en application de l'art. 1425 *C.c.Q.*

(b) *L'erreur factuelle de la Cour d'appel est sans conséquence*

[36] La Cour d'appel a déclaré que la rectification recherchée par PJC Canada consistait en la mise en œuvre du deuxième scénario proposé par ses conseillers professionnels qu'elle avait rejeté au

originally declined to pursue: para. 37. Both parties agree that this statement is incorrect. The scenarios that PJC Canada's advisors presented did not include the transactions that PJC Canada now seeks to insert retroactively.

[37] In my opinion, this erroneous factual conclusion is of no consequence. On my reading of the court's reasons, it did not base its decision on this factual misconception. Rather, its reasons demonstrate that it determined that PJC Canada and PJC USA had intended to implement the very agreement that was in fact implemented. The court correctly held that the two parties could not seek to rewrite the tax history of their agreement, since a general intention to reduce tax liability was insufficiently determinate to serve as the basis for rectification in accordance with art. 1425 *C.C.Q.* In any event, the fact that PJC Canada admits it never initially considered the new transactions it now seeks to implement does not help its position, as the above discussion reveals.

(c) *Other Arguments*

[38] Given my conclusion that the intention of PJC Canada and PJC USA that the agreement be tax-neutral does not allow the documents underlying the transactional scheme to be amended, there is no need to address the respondent's first, evidentiary argument.

[39] There is also no need for this Court to address or adopt the appellant's proposed guidelines. In my view, contract principles under Quebec civil law, together with this Court's reasons in the instant appeal and in *AES*, provide sufficient guidance to taxpayers and lower courts regarding the amendment of written contracts, documents or instruments in accordance with art. 1425 *C.C.Q.*

B. *Tax Policy Considerations Reinforce the Result in This Appeal*

[40] My conclusion in the instant appeal finds additional support in two significant tax policy concerns.

départ : par. 37. Les deux parties conviennent que cette déclaration est erronée. Les transactions que PJC Canada cherche maintenant à introduire avec effet rétroactif ne faisaient pas partie des scénarios présentés par ses conseillers.

[37] À mon avis, cette conclusion factuelle erronée est sans conséquence. Selon la lecture que je fais de ses motifs, la Cour d'appel n'a pas fondé sa décision sur cette erreur factuelle. Il ressort plutôt de ses motifs que, pour elle, PJC Canada et PJC USA entendaient réaliser l'entente qui a en fait été réalisée. Elle a eu raison de conclure que les deux parties ne pouvaient tenter de réécrire l'histoire fiscale de leur entente parce que l'intention générale de réduire leurs obligations fiscales n'est pas une intention suffisamment déterminée pour justifier une rectification fondée sur l'art. 1425 *C.c.Q.* Quoiqu'il en soit, le fait que PJC Canada admette qu'elle n'a jamais envisagé à l'origine les nouvelles transactions qu'elle cherche maintenant à réaliser ne lui est d'aucun secours, comme le montre l'analyse qui précède.

c) *Autres arguments*

[38] Vu ma conclusion selon laquelle l'intention de PJC Canada et de PJC USA, soit que l'entente devait être neutre sur le plan fiscal, ne permet pas de modifier les documents au soutien du montage transactionnel, il est inutile de répondre au premier argument de l'intimé fondé sur la preuve.

[39] Il n'est pas non plus nécessaire que la Cour examine ou adopte les lignes directrices proposées par l'appelante. J'estime, en effet, que les principes de droit civil québécois en matière de contrat combinés aux motifs de la Cour dans le présent pourvoi et dans l'arrêt *AES*, donnent aux contribuables et aux tribunaux d'instances inférieures des indications suffisantes sur la modification des contrats, des documents ou des instruments écrits permise par l'art. 1425 *C.c.Q.*

B. *Des considérations d'ordre fiscal renforcent l'issue du présent pourvoi*

[40] Ma conclusion dans le présent pourvoi trouve en outre appui dans deux importantes considérations de principe et d'ordre fiscal.

[41] First, accepting PJC Canada's position would require this Court to ignore the legal relationships that it and PJC USA originally agreed to create, and actually created, in favour of the tax consequences they sought to achieve. It would thus undermine one of the fundamental principles of our tax system: that tax consequences flow from the legal relationships or transactions established by taxpayers. See P. W. Hogg, J. E. Magee and J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (7th ed. 2010), at p. 578; and V. Krishna, *Income Tax Law* (2nd ed. 2012), at pp. 473 and 475. This tenet is closely related to the Duke of Westminster principle, which is that taxpayers have the right to order their affairs to minimize tax payable: *Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.), at p. 19, per Lord Tomlin. Both principles have been affirmed by this Court many times. See e.g. *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, at paras. 45-46; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 540, per Wilson J., and at p. 557, per Estey J.; *Duha Printers (Western) Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 795, at para. 88. For instance, in *Shell Canada*, this Court unanimously stated the following, at para. 45:

Unless the Act provides otherwise, a taxpayer is entitled to be taxed based on what it actually did, not based on what it could have done, and certainly not based on what a less sophisticated taxpayer might have done. [Emphasis added.]

Equally, if taxpayers agree to and execute an agreement that produce unintended tax consequences, they must still be taxed on the basis of that agreement and not on the basis of what they "could have done" to achieve their intended tax consequences, had they been better informed. Tax consequences do not flow from contracting parties' motivations or tax objectives.

[42] Second, I believe that allowing the amendment of the written documents in the instant appeal would amount to retroactive tax planning. It would

[41] Premièrement, en retenant la thèse de PJC Canada, la Cour se trouverait à ignorer le rapport juridique que cette dernière et PJC USA ont initialement convenu d'établir, et ont de fait établi, au profit des conséquences fiscales qu'elles cherchaient à produire. Or, cela aurait pour effet de compromettre l'un des principes fondamentaux de notre régime fiscal : soit que les conséquences fiscales découlent des rapports juridiques établis par les contribuables ou des transactions juridiques dont ils ont convenu. Voir P. W. Hogg, J. E. Magee et J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (7<sup>e</sup> éd. 2010), p. 578; et V. Krishna, *Income Tax Law* (2<sup>e</sup> éd. 2012), p. 473 et 475. Ce précepte est étroitement lié au principe tiré de l'arrêt *Duke of Westminster*, à savoir que les contribuables ont le droit d'organiser leurs affaires de manière à réduire le plus possible l'impôt qu'ils ont à payer : *Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.), p. 19, le lord Tomlin. Ces deux principes ont été confirmés à maintes reprises par la Cour. Voir p. ex. *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, par. 45-46; *Stubart Investments Ltée c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, p. 540, la juge Wilson, et p. 557, le juge Estey; *Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 795, par. 88. À titre d'exemple, au par. 45 de l'arrêt *Shell Canada*, la Cour à l'unanimité a affirmé ce qui suit :

Sauf disposition contraire de la Loi, le contribuable a le droit d'être imposé en fonction de ce qu'il a fait, et non de ce qu'il aurait pu faire et encore moins de ce qu'un contribuable moins habile aurait fait. [Je souligne.]

De même, si les contribuables concluent et exécutent une entente qui entraîne des conséquences fiscales non souhaitées, ils doivent néanmoins être imposés en fonction de cette entente et non en fonction de ce qu'ils « auraient pu faire » pour produire les conséquences voulues s'ils avaient été mieux informés. Les conséquences fiscales ne découlent pas des motivations ou des objectifs fiscaux des parties contractantes.

[42] Deuxièmement, j'estime que permettre la modification des documents écrits dans le présent pourvoi reviendrait à consacrer une planification

set an undesirable precedent, where taxpayers could point to a common intention to effect their transactions on a tax-neutral basis to immunize themselves from unforeseen tax consequences. Such an intention would be common to many taxpayers and transactions, particularly where the parties are not at arm's length. Allowing a general intention of tax neutrality to serve as a basis for retroactively modifying contracts would effectively enable many taxpayers to look to art. 1425 *C.C.Q.* as a kind of catch-all insurance for their inadvertence or mistakes, or for those of their tax advisors, in planning transactions.

[43] I recognize that “[i]ncome tax law is notoriously complex and many taxpayers rely on tax advisors to help them comply”: *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3, at para. 1. But when taxpayers agree to certain transactions and later claim that their advisors made mistakes by failing to properly advise them that the transactions they agreed to would produce unintended tax consequences, the appropriate avenue to recoup their ensuing losses is not through the retroactive amendment of their agreement. Rather, if the mistakes are of such a nature as to warrant it, taxpayers can bring a claim against their advisors, who generally have professional liability insurance, and try to prove that claim in the courts.

C. *The Natural Consistency in Outcomes Under Rectification in Quebec Civil Law and Rectification in Equity Is Desirable*

[44] As these reasons and those of my colleague Brown J. in *Fairmont* reveal, rectification under Quebec civil law, as the parties and the courts below referred to it, and the equitable remedy of rectification stem from different legal sources but lead to similar results. Both ultimately have the same purpose: to ascertain that the true agreement between

fiscale rétroactive. La Cour créerait ainsi un précédent non souhaitable, soit que les contribuables puissent invoquer une intention commune que leurs transactions soient fiscalement neutres pour se protéger des conséquences fiscales imprévues. Cette intention pourrait être invoquée par de nombreux contribuables et à l'égard de nombreuses transactions, notamment lorsque les parties ont un lien de dépendance. Reconnaître qu'une intention générale de neutralité fiscale peut justifier la modification avec effet rétroactif d'un contrat permettrait effectivement à de nombreux contribuables de considérer l'art. 1425 *C.c.Q.* comme une assurance générale les protégeant, eux et leurs conseillers fiscaux, des inattentions ou erreurs qu'ils pourraient commettre dans la planification des transactions.

[43] Je reconnais que le « droit de l'impôt sur le revenu est d'une complexité notoire, et [que] de nombreux contribuables recourent aux services de conseillers fiscaux pour en observer les règles » : *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3, par. 1. Cependant, lorsque des contribuables conviennent de certaines transactions et prétendent ensuite que leurs conseillers ont commis l'erreur de ne pas les avoir prévenus que les transactions en cause produiraient des conséquences fiscales indésirables, ce n'est pas en modifiant leur entente avec effet rétroactif qu'ils pourront recouvrer leurs pertes. En effet, si l'erreur commise est de nature à le justifier, les contribuables pourront plutôt poursuivre leurs conseillers — qui possèdent habituellement une assurance responsabilité professionnelle — et tenter de prouver le bien-fondé de leurs allégations devant les tribunaux.

C. *La cohérence naturelle entre les décisions issues du recours en rectification du droit civil québécois et celles issues du recours en rectification de l'equity est souhaitable*

[44] Comme le révèlent les présents motifs et ceux de mon collègue le juge Brown dans l'arrêt *Fairmont*, le recours en rectification du droit civil québécois — comme l'ont désigné les parties et les juridictions d'instances inférieures — et le recours en rectification qui relève de l'equity découlent de sources juridiques différentes, mais aboutissent à

the contracting parties is accurately expressed in the written instruments reflecting either the terms of the agreement or the execution of the obligations themselves. The civil law accomplishes this goal through contractual interpretation and retroactive amendment of documents, while equity accomplishes it through the correction of written instruments to reflect the true agreement of the parties.

[45] Rectification under Quebec civil law stems from principles of contract formation and interpretation, as codified in the *C.C.Q.*, particularly art. 1425. A similar provision appeared in its predecessor, the *Civil Code of Lower Canada* (art. 1013), and in the *Code Napoléon* (art. 1156), on which the latter was partly based.

[46] Rectification under the common law is not based on legislative or statutory power, but on the equitable jurisdiction of judges. Equity, which is concerned with fairness and justice, provides remedies in particular cases where the rigidity of the common law would lead to unconscionable results. One such possible instance is where a written instrument documenting an agreement between contracting parties fails to accurately reflect that agreement. At common law, the terms of the agreement would be identified by strictly interpreting the terms of the written instrument. Judges, however, can exercise their equitable jurisdiction to give relief from that inflexibility by correcting the written instrument to bring it in line with the true agreement between the parties. Rectification is thus an exception to the parol evidence rule, by which oral evidence is not admissible to alter written instruments. See *Snell's Equity* (31st ed. 2005), by J. McGhee, ed., at pp. 3-5 and 331-32; I. C. F. Spry, *The Principles of Equitable Remedies* (9th ed. 2014), at pp. 630-31; *Hanbury and Martin Modern Equity* (20th ed. 2015), by J. Glister and J. Lee, at pp. 3-4 and 846-47.

des résultats semblables. Ils ont tous les deux en définitive le même objectif : vérifier si l'entente véritable intervenue entre les parties contractantes est exprimée avec justesse dans les instruments écrits qui, soit reflètent les conditions de l'entente, soit constituent l'exécution des obligations elles-mêmes. Le droit civil atteint cet objectif par l'interprétation du contrat et la modification avec effet rétroactif des documents, tandis que l'équité l'accomplit par la correction des documents écrits afin que ces derniers reflètent l'entente véritable intervenue entre les parties.

[45] En droit civil québécois, la rectification découle des principes relatifs à la formation et à l'interprétation des contrats codifiés dans le *C.c.Q.*, plus particulièrement à l'art. 1425. Une disposition semblable figurait dans le *Code civil du Bas Canada* (art. 1013) qui l'a précédé, et dans le *Code Napoléon* (art. 1156) sur lequel ce dernier était en partie fondé.

[46] En common law, la rectification n'est pas fondée sur l'exercice du pouvoir législatif, mais sur la compétence dont jouissent les juges en equity. Cette dernière, qui s'attache à l'équité et à la justice, offre des réparations dans des cas particuliers où la rigidité de la common law mènerait à des résultats inadmissibles. Le cas où un document écrit constatant une entente intervenue entre les parties contractantes ne reflète pas avec exactitude cette entente en est un exemple. En common law, les modalités de l'entente seraient établies uniquement par une interprétation du libellé de l'instrument écrit. Les juges peuvent toutefois exercer le pouvoir que leur confère l'équité de remédier à ce manque de souplesse, en corrigeant le document écrit de sorte qu'il soit conforme à l'entente véritable intervenue entre les parties. La rectification est donc une exception à la règle d'exclusion de la preuve extrinsèque, selon laquelle la preuve testimoniale n'est pas admissible pour modifier un document écrit. Voir *Snell's Equity* (31<sup>e</sup> éd. 2005), par J. McGhee, éd., p. 3-5 et 331-332; I. C. F. Spry, *The Principles of Equitable Remedies* (9<sup>e</sup> éd. 2014), p. 630-631; *Hanbury et Martin Modern Equity* (20<sup>e</sup> éd. 2015), par J. Glister et J. Lee, p. 3-4 et 846-847.

[47] Despite their different origins, both rectification under Quebec civil law and rectification in equity are strict, in the sense that only the expression or transcription of contracts can be amended; contracts themselves cannot be reformulated. See *AES*; *Spry*, at pp. 630-32; *Snell's Equity* (33rd ed. 2015), by J. McGhee, at pp. 417-18; *Mackenzie v. Coulson* (1869), L.R. 8 Eq. 368, at p. 375. In both cases, the true agreement is paramount, not its intended consequences or effects. Given these commonalities, it is not surprising that, when faced with the same facts, courts in both legal systems will generally reach similar results when asked to recognize amendments to the expression of the parties' common intention in accordance with art. 1425 *C.C.Q.* or to rectify written instruments on equitable grounds. I will briefly examine the instant case and *Fairmont* to illustrate this consistency in results.

[48] In the instant appeal, the contracting parties agreed to three original transactions, which were accurately expressed in the related written documents. The appellant's requested amendments — inserting two transactions the contracting parties had not previously contemplated, so that their general intention of tax neutrality will be achieved — are not permissible under art. 1425 *C.C.Q.*, nor would they be in equity. The contracting parties did not reach a prior agreement with definite and ascertainable terms that included these two transactions. As such, courts in the common law provinces would view the parties' motion as an attempt to reformulate the agreement they had originally reached, something rectification does not do.

[49] In *Fairmont*, the respondent Fairmont Hotels Inc. ("Fairmont") and two subsidiaries entered into a complex financing arrangement with a Canadian real estate investment trust. Because the financing was in U.S. currency, Fairmont's participation exposed it and its subsidiaries to potential foreign exchange tax

[47] Malgré leur origine différente, la rectification relevant du droit civil québécois et celle relevant de l'équité sont d'application stricte, en ce sens que la modification ne peut porter que sur l'expression ou la transcription du contrat; le contrat lui-même ne peut être reformulé. Voir *AES*; *Spry*, p. 630-632; *Snell's Equity* (33<sup>e</sup> éd. 2015), par J. McGhee, p. 417-418; *Mackenzie c. Coulson* (1869), L.R. 8 Eq. 368, p. 375. En outre, dans les deux cas, c'est la véritable entente qui prime, et non pas ses conséquences ou ses effets voulus. Compte tenu de ces points communs, il n'est pas surprenant que, saisis des mêmes faits, les tribunaux qui œuvrent dans les deux systèmes juridiques parviennent généralement à un résultat semblable lorsqu'on leur demande d'autoriser la modification de l'expression de l'intention commune des parties en application de l'art. 1425 *C.c.Q.* ou de rectifier des instruments écrits sur le fondement des règles d'équité. J'examinerai brièvement la présente cause et l'affaire *Fairmont* pour illustrer cette cohérence dans les résultats.

[48] Dans l'affaire qui nous occupe, les parties contractantes ont consenti à trois transactions initiales qui ont été exprimées avec exactitude dans les documents écrits y afférents. Les modifications demandées par l'appelante — soit l'ajout de deux transactions que les parties contractantes n'avaient pas envisagées auparavant, de façon à réaliser leur intention générale de neutralité fiscale — ne sont pas permises par l'art. 1425 *C.c.Q.*, et ne le seraient pas non plus en équité. Les parties contractantes n'ont conclu aucune entente préalable dont les conditions étaient déterminées et déterminables et qui incluait ces deux transactions. C'est pourquoi les tribunaux des provinces de common law considéreraient la requête des parties comme une tentative de reformuler l'entente qu'elles avaient conclue à l'origine, ce que la rectification ne fait pas.

[49] Dans *Fairmont*, l'intimée, Hôtels Fairmont Inc. (« Fairmont »), et deux filiales ont convenu d'un montage financier complexe avec une fiducie canadienne d'investissement immobilier. Comme le financement était conclu en dollars américains, en y participant, Fairmont et ses filiales s'exposaient

liability. The original arrangement fully hedged the exposure of both Fairmont and its subsidiaries to that liability. A few years later, however, Fairmont was acquired by two other companies, causing its goal of foreign exchange tax neutrality to be frustrated. Fairmont and its acquirers thus agreed on a modified plan under which Fairmont, but not its subsidiaries, would be fully hedged against its exposure to foreign exchange tax liability once again. Fairmont's two subsidiaries were not similarly protected under the modified plan. Fairmont intended to resolve this problem in the future, but had no specific plan as to how it would do so. A year after the acquisition and implementation of the modified plan, the financing arrangement with the trust had to be wound up on an urgent basis. To that end, Fairmont redeemed its shares in its subsidiaries, on the incorrect assumption that the subsidiaries' foreign exchange tax neutrality had been secured. This triggered taxable foreign exchange gains, which were discovered after a CRA audit. To avoid that unintended tax liability, Fairmont requested rectification of the corporate resolutions redeeming the shares, asking the courts to convert the share redemption into a loan.

[50] As my colleague Brown J.'s reasons explain, the equitable remedy of rectification was unavailable to Fairmont because it could not show that it had reached a prior agreement with definite and ascertainable terms to secure foreign exchange tax neutrality for its subsidiaries after the modified plan had been put in place. If Fairmont's request had been made under Quebec civil law, in accordance with art. 1425 *C.C.Q.*, it would also have been denied. Although Fairmont had a particular tax consequence in mind (avoiding taxable foreign exchange gains), it did not have an agreement that would successfully ensure such avoidance for its subsidiaries during the wind up of the financing arrangement. A

à de possibles obligations fiscales découlant de la conversion monétaire. Le montage original protégeait entièrement Fairmont et ses filiales d'une telle éventualité. Cependant, quelques années plus tard, Fairmont a été acquise par deux autres sociétés, ce qui est venu contrecarrer l'objectif de neutralité fiscale de la conversion monétaire. Fairmont et les sociétés acquéreuses ont donc convenu d'un plan modifié par lequel Fairmont, mais non ses filiales, était de nouveau totalement protégée contre les obligations fiscales découlant de la conversion monétaire. Le plan modifié n'offrait pas la même protection aux deux filiales de Fairmont. Cette dernière avait l'intention de régler le problème ultérieurement, mais ne savait pas exactement comment elle s'y prendrait. Un an après l'acquisition et la mise en œuvre du plan modifié, l'arrangement financier conclu avec la fiducie a dû être résilié en toute hâte. À cette fin, Fairmont a racheté les actions qu'elle détenait dans ses filiales, présumant à tort que celles-ci bénéficiaient de la neutralité fiscale de la conversion monétaire. Ce rachat a engendré des gains sur change imposables, qui ont été découverts à la suite d'une vérification effectuée par l'ARC. Afin d'échapper à cet impôt indésirable, Fairmont a demandé la rectification des résolutions autorisant le rachat des actions, s'adressant aux tribunaux pour qu'ils transforment en prêt le rachat des actions.

[50] Comme mon collègue le juge Brown l'explique dans ses motifs, Fairmont ne pouvait se prévaloir de la réparation en equity que constitue la rectification parce qu'elle n'était pas en mesure de démontrer qu'elle avait conclu une entente préalable, assortie de modalités déterminées et déterminables, afin que ses filiales bénéficient de la neutralité fiscale de la conversion monétaire après la mise en œuvre du plan modifié. Si la demande de Fairmont avait été présentée en application de l'art. 1425 *C.c.Q.*, c.-à-d. selon le droit civil québécois, elle aurait également été rejetée. Bien que Fairmont eût à l'esprit une certaine conséquence fiscale (éviter les gains sur change imposables),

general intention to avoid a certain tax consequence is, like a general intention of tax neutrality, insufficiently determinate or determinable to constitute an object of an obligation or of a contract under Quebec civil law. The parties did not agree on a set of precise transactions that, if expressed correctly, would have avoided triggering the unintended tax liability for Fairmont's subsidiaries on the wind up of the financing arrangement.

[51] I acknowledge that rectification under Quebec civil law and rectification in equity will not, however, always lead to the same result. This is because of differences between the principles of contract law specific to the two legal systems and variations in the facts from case to case.

[52] Still, the natural convergence in principles and outcomes I have described above is generally desirable, particularly in the tax context. Taxpayers in both Quebec and the common law provinces are subject to the same federal taxation system. They could expect to encounter similar results when they seek to amend documents that express their agreement and lead to unintended tax consequences. And, as in the case of good faith under the civil law and the common law of contracts, this is another example of the two legal systems achieving convergence despite their distinct origins and principles.

#### V. Disposition

[53] For these reasons, I would dismiss the appeal, with costs throughout.

elle n'a pas conclu l'entente qui aurait permis à ses filiales d'y échapper lors de la résiliation du montage financier. Une intention générale d'échapper à une certaine conséquence fiscale, tout comme une intention générale de neutralité fiscale, n'est pas suffisamment déterminée ou déterminable pour être l'objet d'une obligation ou d'un contrat en droit civil québécois. Les parties n'avaient convenu d'aucune série de transactions précises qui, si elles avaient été correctement exprimées, auraient empêché que les filiales de Fairmont n'aient à subir les conséquences fiscales indésirables de la résiliation du montage financier.

[51] Je reconnais que la rectification en droit civil québécois et celle en equity ne produiront toutefois pas toujours le même résultat. Cela tient au fait que les principes du droit des contrats propres à chacun des deux systèmes juridiques sont différents et que les faits sont uniques à chaque cas.

[52] La convergence naturelle des principes et des résultats que j'ai décrite précédemment est néanmoins généralement souhaitable, en particulier dans le contexte fiscal. Les contribuables du Québec et des provinces de common law sont assujettis au même régime fiscal fédéral. Ils devraient pouvoir parvenir à des résultats semblables lorsqu'ils demandent la modification de documents représentant l'expression de l'entente qu'elles ont conclue et produisant des conséquences fiscales indésirables. Tout comme la notion de bonne foi des régimes de droit civil et de common law en matière de contrats, il s'agit là d'un exemple de la convergence qui peut s'établir entre les deux systèmes juridiques, en dépit de leur origine et des principes différents qui les régissent.

#### V. Dispositif

[53] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, avec dépens dans toutes les cours.

The reasons of Abella and Côté JJ. were delivered by

[54] CÔTÉ J. (dissenting) — This appeal requires us to interpret and apply the guidelines governing the availability of “rectification” in Quebec civil law as established by this Court in *Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 SCC 65, [2013] 3 S.C.R. 838 (“AES”). In my view, the proper interpretation of these guidelines and their application to the case before us confirm that the appellant’s motion for rectification is both legitimate and necessary. With respect, I believe that the liberal and generous approach to rectification applied by LeBel J. in *AES* and endorsed by Abella J. in *Canada (Attorney General) v. Fairmont Hotels Inc.*, 2016 SCC 56, [2016] 2 S.C.R. 720 (“*Fairmont*”), should be followed here. Departing from this approach, as the majority has done both in this case and in *Fairmont*, limits the availability of an important recourse for taxpayers in the presence of an error made in good faith by them or their tax advisors. A mere intention to avoid taxation can never suffice to ground a legitimate “rectification” request under art. 1425 of the *Civil Code of Québec* (“Code” or “C.C.Q.”). But this important restriction does not limit the availability of rectification on the facts of this case. I would accordingly allow the appeal.

### I. Context

[55] In 2004, Jean Coutu Group (PJC) Inc. (“PJC Canada”) acquired 1,800 pharmacies located in the United States on behalf of its subsidiary, Jean Coutu Group (PJC) USA Inc. (“PJC USA”). The value of the investment, as reflected in PJC Canada’s financial statements, varied due to exchange rate fluctuations. These exchange rate fluctuations had to be recorded in PJC Canada’s financial statements as either gains or losses. For example, in November 2004, PJC Canada recorded a loss of \$20.1 million due to currency fluctuations. Although these fluctuations had no tax impact, they

Version française des motifs des juges Abella et Côté rendus par

[54] LA JUGE CÔTÉ (dissidente) — En l’espèce, nous sommes appelés à interpréter et à appliquer les lignes directrices régissant le recours en rectification en droit civil québécois établies par la Cour dans l’arrêt *Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 CSC 65, [2013] 3 R.C.S. 838 (« AES »). À mon avis, l’interprétation et l’application appropriées de ces lignes directrices, dans l’affaire qui nous occupe, confirment que la requête en rectification de l’appelante est à la fois légitime et nécessaire. Soit dit en tout respect, j’estime qu’il y a lieu d’adopter, en l’espèce, à l’égard de la rectification, l’approche libérale et généreuse appliquée par le juge LeBel dans *AES* et adoptée par la juge Abella dans *Canada (Procureur général) c. Hôtels Fairmont Inc.*, 2016 CSC 56, [2016] 2 R.C.S. 720 (« *Fairmont* »). Écarter cette approche, comme les juges majoritaires le font dans ce cas-ci et dans *Fairmont*, limite l’exercice par les contribuables d’un recours important dans les cas d’erreur de bonne foi commise par eux ou par leurs conseillers fiscaux. Une simple intention d’éviter l’imposition n’est jamais suffisante pour légitimer une demande en rectification fondée sur l’art. 1425 du *Code civil du Québec* (« Code » ou « C.c.Q. »). Cependant, cette importante restriction ne limite pas le recours à la rectification que permettent les faits de la présente affaire. Je serais donc d’avis d’accueillir le pourvoi.

### I. Contexte

[55] En 2004, Le Groupe Jean Coutu (PJC) inc. (« PJC Canada ») a acquis 1800 pharmacies situées aux États-Unis au nom de sa filiale, Jean Coutu Group (PJC) USA inc. (« PJC USA »). La valeur de cet investissement, selon les états financiers de PJC Canada, variait en raison des fluctuations du taux de change. Ces variations devaient être inscrites aux états financiers de PJC Canada en tant que gains ou que pertes. Par exemple, en novembre 2004, PJC Canada a enregistré une perte de 20,1 millions de dollars à cause des fluctuations du taux de change. Bien que ces dernières n’aient eu aucune incidence

did negatively affect investor sentiment. As a result, PJC Canada consulted its auditors with the aim of developing an accounting solution that could neutralize the adverse effects of the exchange rate fluctuations on its financial statements. It was agreed and clear between the parties that any such solution would also have to be tax-neutral, given that the exchange rate fluctuations themselves gave rise to no immediate tax consequences. To make sure that tax neutrality would be achieved, the parties specifically sought out tax advice with respect to their contemplated financing agreement. Beyond merely intending that their agreement would be tax-neutral, the parties then chose the transactional scheme in light of the advice they received.

[56] In February 2005, on the advice of their tax advisors, PJC Canada and PJC USA took the following steps provided by the agreed transactional scheme in order to neutralize the effects of the exchange rate fluctuations without triggering any tax consequences:

- (i) on February 7, 2005, PJC Canada loaned US\$120 million to PJC USA, with interest at London Interbank Offered Rate (“LIBOR”) plus 2.5 percent, a loan that was payable only by mutual consent of the parties;
- (ii) on February 25, 2005, PJC Canada purchased an additional 10 common shares of PJC USA for US\$70 million; and
- (iii) on February 25, 2005, PJC USA loaned US\$70 million to PJC Canada, with interest at LIBOR plus 2.5 percent.

[57] In 2010, following an audit of PJC Canada for the 2005, 2006 and 2007 taxation years, the Canada Revenue Agency (“CRA”) concluded that the interest paid by PJC Canada to PJC USA on the US\$70 million loan constituted “foreign accrual property income” (“FAPI”) as defined by s. 95(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)

fiscale, elles étaient perçues négativement par les investisseurs. PJC Canada a donc consulté ses vérificateurs en vue d’élaborer une solution comptable qui permettrait de neutraliser les effets négatifs des fluctuations du taux de change dans ses états financiers. Il a été clairement convenu entre les parties que cette solution devait en outre être neutre sur le plan fiscal, puisque les fluctuations du taux de change ne produisaient elles-mêmes aucune conséquence fiscale immédiate. Pour s’assurer de cette neutralité fiscale, les parties ont pris soin de consulter des fiscalistes au sujet de l’entente financière envisagée. Les parties ne se sont pas limitées à simplement exprimer une intention que leur entente soit neutre sur le plan fiscal, elles ont choisi une structure transactionnelle en fonction des conseils qu’elles avaient reçus.

[56] En février 2005, suivant l’avis de leurs conseillers fiscaux, PJC Canada et PJC USA ont mis en œuvre les mesures suivantes prévues par la structure transactionnelle dont elles avaient convenu afin de neutraliser les effets des fluctuations du taux de change, et ce, sans conséquence fiscale :

- (i) le 7 février 2005 : PJC Canada prête 120 millions de dollars US à PJC USA, avec intérêt au taux interbancaire offert à Londres (« TIOL »), plus 2,5 pour 100; un prêt remboursable seulement advenant le consentement mutuel des deux parties;
- (ii) le 25 février 2005 : PJC Canada achète 10 actions ordinaires additionnelles de PJC USA pour la somme de 70 millions de dollars US;
- (iii) le 25 février 2005 : PJC USA prête 70 millions de dollars US à PJC Canada, avec intérêt au TIOL, plus 2,5 pour 100.

[57] En 2010, à l’issue d’une vérification visant PJC Canada pour les années d’imposition 2005, 2006 et 2007, l’Agence du revenu du Canada (« ARC ») a conclu que l’intérêt payé par PJC Canada à PJC USA sur le prêt de 70 millions de dollars US constituait du « revenu étranger accumulé, tiré de biens » (« RÉATB ») au sens du par. 95(1)

(“ITA”), and was taxable as income of PJC Canada pursuant to s. 91(1) of that Act. This resulted in an additional \$2.2 million in taxes.

[58] As the application judge found, although PJC Canada had taken prompt and reasonable measures to ensure that its February 2005 operation would trigger no tax consequences, the tax advisors had not considered FAPI before advising the parties on the appropriate transactional scheme. The parties were therefore under the mistaken impression that their agreement was tax-neutral in every aspect. Only the CRA audit in 2010 revealed that it was not.

[59] Given that the unintended tax consequences were inconsistent with the common and continuing intention of the parties, PJC Canada applied for rectification of the agreement through the addition of two intermediate steps in the transactional scheme between PJC Canada and PJC USA:

- (i) on February 7, 2005, PJC Canada loaned US\$120 million PJC USA, with interest at LIBOR plus 2.5 percent;
- (ii) on February 25, 2005, PJC Canada purchased an additional 10 common shares of PJC USA for US\$70 million;
- (iii) on February 25, 2005, PJC USA repaid US\$70 million of the US\$120 million loan to PJC Canada;
- (iv) on February 25, 2005, PJC Canada loaned US\$70 million to PJC USA; and
- (v) on February 25, 2005, PJC USA loaned US\$70 million to PJC Canada, with interest at LIBOR plus 2.5 percent.

As a result of these changes, the interest payable by PJC Canada to PJC USA was offset by the interest payable by PJC USA to PJC Canada, thereby avoiding tax consequences.

de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5<sup>e</sup> suppl.) (« LIR ») et était imposable à titre de revenu pour PJC Canada en application du par. 91(1) de cette loi. Il en a résulté un impôt additionnel de 2,2 millions de dollars.

[58] Le juge saisi de la demande a conclu que, bien que PJC Canada ait pris des mesures diligentes et raisonnables pour s'assurer que l'opération de février 2005 ne produirait aucune conséquence fiscale, les conseillers fiscaux n'avaient pas envisagé la question du RÉATB avant de donner leur avis aux parties sur la structure transactionnelle à adopter. Les parties avaient donc l'impression erronée que l'accord conclu était à tous égards neutre sur le plan fiscal. Seule la vérification effectuée par l'ARC en 2010 a révélé qu'il ne l'était pas.

[59] Ces conséquences fiscales imprévues ne correspondant pas à l'intention commune et continue des parties, PJC Canada a demandé une rectification de l'accord, soit l'ajout de deux étapes intermédiaires à la structure transactionnelle convenue entre elle et PJC USA :

- (i) le 7 février 2005 : PJC Canada prête 120 millions de dollars US à PJC USA, avec intérêt au TIOL, plus 2,5 pour 100;
- (ii) le 25 février 2005 : PJC Canada achète 10 actions ordinaires additionnelles de PJC USA pour la somme de 70 millions de dollars US;
- (iii) le 25 février 2005 : PJC USA rembourse à PJC Canada 70 millions de dollars US sur le prêt de 120 millions de dollars US;
- (iv) le 25 février 2005 : PJC Canada prête 70 millions de dollars US à PJC USA;
- (v) le 25 février 2005 : PJC USA prête 70 millions de dollars US à PJC Canada, avec intérêt au TIOL, plus 2,5 pour 100.

Grâce à ces changements, l'intérêt payable par PJC Canada à PJC USA est compensé par l'intérêt payable par PJC USA à PJC Canada, ce qui permet d'éviter les conséquences fiscales.

## II. Analysis

### A. *This Court's Decision in AES*

[60] This appeal centres on the interpretation and application of the guidelines established by LeBel J. in *AES*, in which this Court considered, for the first time, the principles governing the availability of rectification in Quebec civil law. Although *AES* does not provide a complete framework dispositive of all potential rectification requests in Quebec, LeBel J.'s reasons provide the basic guidelines necessary to dispose of the present case.

[61] In *AES*, Services Environnementaux AES inc. ("AES") agreed to transfer 25 percent of its shares in Centre technologique AES inc.'s capital stock to an investor, Groupe Sani-Gestion. In order to facilitate the transaction, AES and Centre technologique entered into a reorganization and tax planning agreement. The parties planned on using rollover provisions set out in s. 86 of the *ITA*, and ss. 541 to 543 of the *Taxation Act*, R.S.Q., c. I-3, in order to avoid tax consequences. These provisions allow a taxpayer to defer the tax impact of an exchange of shares if, among other things, the consideration other than shares received at the time of transfer does not exceed the adjusted cost base ("ACB") of the shares. However, AES's advisors miscalculated the ACB of the shares. In reliance on that miscalculation, AES implemented the transfer and was eventually assessed for a taxable capital gain, contrary to the parties' original bargain. The parties applied for rectification of their agreement to avoid the unintended tax consequences.

[62] In *AES*, the Attorney General of Canada argued in this Court that, to the extent it existed in Quebec civil law, rectification was available only to correct clerical errors. LeBel J., writing for the Court, rejected that argument. He found that the parties' requested modifications were both legitimate

## II. Analyse

### A. *L'arrêt AES*

[60] Le présent pourvoi porte sur l'interprétation et l'application des lignes directrices établies par le juge LeBel dans l'arrêt *AES*, dans lequel la Cour s'est pour la première fois penchée sur les principes régissant le recours en rectification en droit civil québécois. Bien que le cadre établi dans cet arrêt ne suffise pas pour statuer sur toutes les demandes en rectification susceptibles d'être présentées au Québec, les motifs du juge LeBel comportent les principes directeurs fondamentaux nécessaires pour disposer de la présente cause.

[61] Dans l'affaire *AES*, Services Environnementaux AES inc. (« AES ») avait convenu de céder 25 pour 100 de ses actions de Centre technologique AES inc. à un investisseur, Groupe Sani-Gestion. Pour faciliter cette transaction, AES et Centre technologique ont conclu une entente de réorganisation et de planification fiscale. Les parties avaient prévu recourir aux dispositions sur le roulement énoncées à l'art. 86 de la *LIR* et aux art. 541 à 543 de la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3, afin d'éviter toute conséquence fiscale. Ces dispositions permettent à un contribuable de différer l'impact fiscal d'un échange d'actions si, entre autres, la contrepartie payée autrement qu'en actions au moment du transfert n'excède pas le prix de base rajusté (« PBR ») des actions reçues. Or, les conseillers d'AES ont commis une erreur dans le calcul du PBR des actions. AES a procédé au transfert en se fondant sur ce calcul erroné et a reçu, par la suite, un avis de cotisation faisant état d'un gain en capital imposable, contrairement à l'entente initiale des parties. Ces dernières ont demandé la rectification de l'entente afin d'éviter les conséquences fiscales indésirables qu'elle avait produites.

[62] Toujours dans *AES*, le procureur général du Canada a soutenu que dans la mesure où il existait en droit civil québécois, le recours en rectification permettait seulement de corriger les erreurs d'écriture. S'exprimant au nom de la Cour, le juge LeBel a rejeté cet argument, concluant que les modifications

and necessary. In doing so, he reasoned that art. 1425 *C.C.Q.* permits a court to give effect to the common intention of the parties by correcting erroneous expressions of that intention (*AES*, at para. 48). According to LeBel J., this follows from the civil law’s distinction between the *negotium*, the common intention of the parties, and the *instrumentum*, the declared will of the parties. Under art. 1385 *C.C.Q.*, the contract lies in the former, not the latter, “despite the importance . . . of the declaration, oral or written” of that common intention (*AES*, at para. 32).

[63] Therefore, *AES* established that art. 1425 *C.C.Q.* allows courts to give effect to the real agreement between the parties, recognizing the fact that their agreement does not necessarily lie in the written document. According to LeBel J., this power extends to the point of filling “gaps in the text” or finding “content in it that can be well hidden” (*AES*, at para. 48).

[64] However, a court’s power to rectify agreements under art. 1425 *C.C.Q.* is subject to certain conditions. The corrections being sought must be necessary and legitimate (*AES*, at para. 51). They must reflect the true intentions of the parties and cannot offend the rules of civil evidence (*AES*, at paras. 49-51). Finally, they must not compromise the interests of third parties (see *AES*, at paras. 33 and 35).

[65] Where parties seek to rectify an agreement producing unintended tax consequences, *AES* clearly established that the “tax authorities do not have an acquired right to benefit from an error made by the parties to a contract after the parties have corrected the error by mutual consent” (para. 52). As a result, tax authorities cannot “rely on acquired rights to have an erroneous writing continue to apply even though the existence of an error has been established” (*AES*, at para. 44).

[66] Nevertheless, LeBel J. insisted that taxpayers “should not view this recognition of the primacy of the parties’ internal will — or common intention

demandées par les parties étaient à la fois légitimes et nécessaires. Selon lui, l’art. 1425 *C.c.Q.* permet au tribunal de donner effet à l’intention commune des parties en corrigeant les erreurs commises dans l’expression de cette intention : *AES*, par. 48. Il en est ainsi, a-t-il précisé, à cause de la distinction en droit civil entre le *negotium* — la volonté commune des parties — et l’*instrumentum* — la volonté déclarée des parties. Aux termes de l’art. 1385 *C.c.Q.*, le contrat se trouve dans la volonté commune, non dans la volonté déclarée, « malgré l’importance [. . .] de la déclaration, orale ou écrite » de cette volonté commune : *AES*, par. 32.

[63] Par conséquent, l’arrêt *AES* établit que l’art. 1425 *C.c.Q.* permet aux tribunaux de donner effet à la véritable entente intervenue entre les parties, tout en reconnaissant que cette entente ne se trouve pas nécessairement dans le document écrit. Selon le juge LeBel, ce pouvoir permet même de combler « des vides dans le texte » ou de retrouver dans celui-ci « des contenus parfois bien dissimulés » : *AES*, par. 48.

[64] Le pouvoir que confère aux tribunaux l’art. 1425 *C.c.Q.* de « rectifier » une entente est néanmoins assujéti à certaines conditions. Les corrections demandées doivent être nécessaires et légitimes : *AES*, par. 51. Elles doivent refléter la volonté réelle des parties, sans contrevenir aux règles de la preuve civile : *AES*, par. 49-51. Enfin, elles ne doivent pas porter atteinte aux intérêts des tiers : voir *AES*, par. 33 et 35.

[65] Lorsque des parties cherchent à corriger une entente qui entraîne des incidences fiscales imprévues, *AES* indique clairement que le « fisc ne possède pas de droit acquis au bénéfice d’une erreur que les parties à un contrat auraient commise, puis corrigée de consentement mutuel » : par. 52. Par conséquent, le fisc ne peut « invoquer des droits acquis au maintien d’un écrit erroné, même si l’existence d’une erreur est établie » : *AES*, par. 44.

[66] Néanmoins, le juge LeBel a insisté sur le fait que les contribuables « ne devraient pas interpréter cette reconnaissance de la primauté de la volonté

— as an invitation to engage in bold tax planning on the assumption that it will always be possible for them to redo their contracts retroactively should that planning fail” (*AES*, at para. 54). He added the following:

A taxpayer’s intention to reduce his or her tax liability would not on its own constitute the object of an obligation within the meaning of art. 1373 *C.C.Q.*, since it would not be sufficiently determinate or determinable. Nor would it even constitute the object of a contract within the meaning of art. 1412 *C.C.Q.* Absent a more precise and more clearly defined object, no contract would be formed. In such a case, art. 1425 could not be relied on to justify seeking the common intention of the parties in order to give effect to that intention despite the words of the writings prepared to record it. As I mentioned above, the agreements between the parties in both appeals were validly formed in that, according to evidence that the [Agence du revenu du Québec] did not contradict, they provided for obligations whose objects were sufficiently determinable. These agreements provided, for the corporations in question, for the establishment of determinate structures that would, had they been drawn up properly, have made it possible to meet the objectives being pursued by the parties. The subsequent amendments did not alter the nature of the structures contemplated at the outset. All they did was amend writings that were supposed to give effect to the common intention, an intention that had been clearly defined and that related to obligations whose objects were determinate or determinable. [Emphasis added; para. 54.]

[67] In my view, the conditions laid out in *AES* are fulfilled in this case. Given the application judge’s factual findings, the modifications requested by PJC Canada are both necessary and legitimate.

#### B. *Application to the Facts at Hand*

##### (1) Deference Is Owed to the Application Judge

[68] The application judge found:

- (i) that the common intention of the parties was, from the start, (1) to resolve the exchange

interne — ou intention commune — des parties comme une invitation à se lancer dans des planifications fiscales audacieuses, en se disant qu’il leur sera toujours possible de refaire leurs contrats rétroactivement en cas d’échec de ces planifications » : *AES*, par. 54. Il a ajouté ceci :

L’intention d’un contribuable de réduire ses obligations fiscales ne saurait à elle seule constituer l’objet de l’obligation au sens de l’art. 1373 *C.c.Q.*, compte tenu de son caractère insuffisamment déterminé ou déterminable, ni même l’objet du contrat au sens de l’art. 1412 *C.c.Q.* En l’absence d’un objet plus précis et mieux défini, aucun contrat ne se serait formé. L’article 1425 ne pourrait dans un tel cas être invoqué pour justifier la recherche de l’intention commune des parties afin de lui donner effet, malgré les termes des écrits préparés pour la constater. Comme je l’ai souligné plus haut, dans les deux appels, les ententes entre les parties s’étaient valablement formées, puisqu’elles prévoyaient des obligations aux objets suffisamment déterminables, selon une preuve que l’[Agence du revenu du Québec] n’a jamais contredite. Ces ententes prévoyaient, pour les sociétés concernées, la mise en place de structures déterminées qui, si elles avaient été élaborées correctement, auraient permis de réaliser les objectifs des parties impliquées. Les modifications apportées par la suite ne changeaient pas la nature de la structure envisagée au départ. Elles se bornaient à modifier les écrits qui étaient censés donner effet à l’intention commune — intention clairement établie et portant sur des obligations aux objets déterminés ou déterminables. [Je souligne; par. 54.]

[67] À mon avis, en l’espèce, les conditions énoncées dans l’arrêt *AES* sont remplies. Compte tenu des conclusions de fait tirées par le juge saisi de la demande, les modifications demandées par PJC Canada sont à la fois nécessaires et légitimes.

#### B. *Application aux faits de l’espèce*

##### (1) Déférence à l’égard du juge saisi de la demande

[68] Le juge saisi de la demande a conclu ce qui suit :

- (i) Les parties avaient, dès le départ, l’intention commune (1) de régler la question du taux

- |   |  |
|---|--|
| <p>rate problem (2) without tax consequences (2012 QCCS 6917, at para. 21 (CanLII));</p> <p>(ii) that the series of operations that were implemented did not reflect the entirety of this common intention (paras. 25-26);</p> <p>(iii) that the rectification being sought was in conformity with the common intention of the parties (paras. 25-26); and</p> <p>(iv) that the parties were not trying to rewrite their tax history, but rather, were seeking to correct an unintended tax consequence (para. 27).</p> | <p>de change, (2) sans conséquences fiscales (2012 QCCS 6917, par. 21 (CanLII));</p> <p>(ii) La série d'opérations exécutées par les parties ne reflétait pas complètement cette intention commune (par. 25-26);</p> <p>(iii) La rectification demandée concordait avec l'intention commune des parties (par. 25-26);</p> <p>(iv) Les parties ne cherchaient pas à réécrire leur histoire fiscale, mais à corriger une conséquence fiscale imprévue (par. 27).</p> |
|---|--|

It is trite law that findings of fact cannot be reversed “unless it can be established that the trial judge made a ‘palpable and overriding error’” (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 10). The one such error the Court of Appeal purported to find was in the application judge’s conclusion that the “parties were not seeking to rewrite the tax history of the transaction” ((iv) above) (2015 QCCA 838, [2015] 4 C.T.C. 82, at para. 37). On this point, the Court of Appeal reversed the application judge’s finding. It found, instead, that rewriting the tax history of the transaction was “precisely what the parties were seeking to do” on the basis that they had considered and discarded the very same intermediate operations they later asked the Superior Court to recognize (*ibid.*). It was not the application judge, but the Court of Appeal, that erred in making this finding. As the Attorney General of Canada concedes in her factum, PJC Canada and PJC USA never rejected the intermediate operations in question. It follows that the application judge’s findings of fact, summarized above, are unimpugned and accordingly attract deference from this Court in its application of the law to the case at hand.

(2) The Requested Changes Are Necessary

[69] In this case, there was clearly a gap between the common and continuing intention of the parties

Il est de droit constant que les conclusions de fait ne peuvent être infirmées « que s’il est établi que le juge de première instance a commis une “erreur manifeste et dominante” » : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10. La Cour d’appel n’aurait relevé qu’une seule erreur de cette nature, soit lorsque le juge saisi de la demande a conclu que les [TRADUCTION] « parties ne cherchaient pas à réécrire l’histoire fiscale de l’entente » : (iv) précité; 2015 QCCA 838, [2015] 4 C.T.C. 82, par. 37. Sur ce point, la Cour d’appel a infirmé la conclusion du juge saisi de la demande. Elle a plutôt conclu que « c’était exactement ce que les parties cherchaient à faire » — c’est-à-dire réécrire l’histoire fiscale de l’entente — puisqu’elles avaient envisagé et rejeté précisément les opérations intermédiaires qu’elles ont plus tard demandé à la Cour supérieure de reconnaître : *ibid.* Je suis d’avis que ce n’est pas le juge saisi de la demande, mais la Cour d’appel, qui a commis une erreur en tirant cette conclusion. Comme le procureur général du Canada le reconnaît dans son mémoire, PJC Canada et PJC USA n’ont jamais rejeté les opérations intermédiaires en question. Il s’ensuit que les conclusions de fait tirées par le juge saisi de la demande et résumées précédemment ne sont pas contestées et imposent à la Cour de faire preuve de retenue dans son application du droit à la présente affaire.

(2) Les modifications demandées sont nécessaires

[69] En l’espèce, il existe un écart évident entre, d’une part, l’intention commune et continue des

and the operations implemented to carry out that intention. The evidence shows that there was a common and continuing intention not only as to the object of the contract but also its tax effects. From the start, PJC Canada and PJC USA set out to resolve the exchange rate problem without triggering any tax consequences. They diligently sought advice on how to do so. Having relied on that advice, they executed a series of transactions or prestations aimed at creating net liabilities in U.S. dollars so as to nullify the impact of exchange rate fluctuations in PJC Canada's financial statements without generating any tax consequences.

[70] Tax neutrality was therefore a *sine qua non* of the parties' envisaged transactional scheme. This is confirmed both by the circumstances giving rise to their contemplated transactions and by the parties' testimony. As the application judge noted, because the exchange rate effects triggered no immediate tax consequences, it was essential that the financing transactions produce no adverse tax effects. Had there not been an error concerning the applicability of FAPI, the parties would have initially undertaken intermediate steps akin to those they later asked the Superior Court to recognize. These steps would have resulted in the execution of their true common intention from the start.

[71] That the tax advisors' error in this case was one of omission, insofar as they neglected to consider FAPI, as opposed to one of commission (like miscalculating the ACB of shares), is not a principled ground on which to distinguish this case from *AES*. To the contrary, this distinction renders hollow the proposition that, if an expression of common intention contains an error, "particularly one that can, as here, be attributed to the taxpayer's professional advisor, the court must, once the error is proved . . . ensure that it is remedied" (*AES*, at para. 52). This distinction is also at odds with *LeBel J.*'s recognition of a court's power to "fill gaps in the text" in interpreting the parties' common intention (*AES*, at para. 48). It is precisely in

parties et, d'autre part, les opérations exécutées dans le but de donner effet à cette intention. La preuve démontre que l'intention commune et continue des parties portait non seulement sur l'objet du contrat, mais aussi sur ses conséquences fiscales. Dès le départ, PJC Canada et PJC USA ont cherché à résoudre le problème relatif au taux de change, et ce, sans conséquences fiscales. Elles ont diligemment demandé conseil sur la façon d'y parvenir. Se fondant sur ces conseils, elles ont exécuté une série de transactions ou de prestations visant à créer un passif net en dollars américains de manière à neutraliser l'effet des fluctuations du taux de change dans les états financiers de PJC Canada, sans générer de conséquences fiscales.

[70] La neutralité fiscale était donc une condition *sine qua non* de la structure transactionnelle envisagée par les parties. Tant les circonstances à l'origine de ces transactions que le témoignage des parties permettent de le confirmer. Ainsi que l'a observé le juge saisi de la demande, il était essentiel que les transactions de financement ne produisent aucune incidence fiscale défavorable, puisque les fluctuations du taux de change n'en produisaient aucune dans l'immédiat. N'eût été l'erreur concernant l'application du RÉATB, les parties auraient immédiatement pris des mesures semblables à celles qu'elles ont plus tard demandé à la Cour supérieure de reconnaître. Ces mesures leur auraient permis de mettre en œuvre l'intention commune véritable qu'elles avaient depuis le début.

[71] Que l'erreur commise par les conseillers fiscaux en l'espèce en soit une d'omission — dans la mesure où ils ont négligé de tenir compte du RÉATB — plutôt que de commission — en calculant erronément le PRB des actions, par exemple — n'est pas une raison de principe qui justifie de distinguer la présente cause de l'affaire *AES*. Au contraire, cette distinction fait perdre tout son sens à la proposition selon laquelle, si l'expression d'une intention commune est entachée d'une erreur, « notamment [d']une erreur imputable comme ici au conseiller professionnel du contribuable, une fois cette erreur établie [. . .] le tribunal doit la constater et faire en sorte qu'on y remédie » : *AES*, par. 52. Cette distinction est également en contradiction

a case such as this one — where the tax advisors have made an omission — that this power is properly engaged.

[72] Nor is the concept of the object of the contract, as contained in art. 1412 *C.C.Q.*, so narrow as to exclude the juridical operations envisioned by the parties here. The object of the contract transcends the particular prestations of the agreement. As Professors Lluellas and Moore put it:

[TRANSLATION] To distinguish it from the object of the obligations, the object of a contract could be described as “the juridical operation considered as a whole . . .” It is thus a comprehensive concept that requires one to understand *the overall scheme* of an agreement. . . .

. . . Identifying the core prestation — “the principal juridical operation” — is therefore necessary, but it is insufficient for the purpose of characterizing the object of the agreement: the overall scheme of the agreement must be taken into account in addition to the core prestation. And that scheme will vary from one agreement to another. [Underlining added.]

(*Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at paras. 1051-52)

[73] I do not share the view that rectification is available only where the prestation, as rectified in the written document, was specifically envisaged by the parties from the outset. In practice, this would mean that rectification would be available only to correct clerical errors — an argument that was made and rejected in *AES* (para. 23). This view disregards LeBel J.’s recognition of the fact that even an oral declaration of the parties’ will can depart from their common intention (*ibid.*, at para. 28). Here, the object of the agreement consisted in tax-neutral reciprocal loans creating net liabilities in U.S. dollars. Failing to consider that the loans had to be tax-neutral in order for the agreement to make commercial sense is inimical to the overall scheme of the agreement. Tax neutrality was at the very

avec la reconnaissance, par le juge LeBel, du pouvoir qu’ont les tribunaux de « combler des vides dans le texte » en interprétant l’intention commune des parties : *AES*, par. 48. C’est précisément dans un cas comme celui de l’espèce — où il y a eu omission de la part des conseillers fiscaux — qu’il convient d’exercer ce pouvoir.

[72] En outre, le concept de l’objet du contrat, dont il est question à l’art. 1412 *C.c.Q.*, n’est pas étroit au point d’exclure les opérations juridiques envisagées par les parties en l’espèce. L’objet du contrat transcende les prestations particulières de l’accord. Comme le disent les professeurs Lluellas et Moore :

Pour bien le distinguer de l’objet des obligations, on pourrait présenter l’objet du contrat comme « l’opération juridique considérée dans son ensemble [. . .] » C’est donc une notion globalisante, qui force à se faire une idée de *l’économie générale* d’un accord. . . .

. . . La détermination de la prestation centrale — « l’opération juridique principale » — est donc nécessaire, mais elle est insuffisante pour qualifier l’objet de la convention : l’économie générale de l’accord doit être prise en compte, en plus de la prestation centrale. Et cette économie variera d’un accord à l’autre. [Je souligne.]

(*Droit des obligations* (2<sup>e</sup> éd. 2012), par. 1051-1052)

[73] Je ne crois pas que la rectification soit possible seulement si la prestation, telle qu’elle est décrite dans le document écrit corrigé, constate ce que les parties avaient expressément envisagé au départ. En pratique, cela voudrait dire que la rectification permettrait seulement de corriger les erreurs d’écriture — un argument qui a été présenté et rejeté dans l’arrêt *AES* : par. 23. Cette affirmation fait abstraction du fait que, pour le juge LeBel, même l’expression orale de la volonté des parties peut ne pas refléter leur intention commune : *ibid.*, par. 28. En l’espèce, l’objet de l’entente consistait en des prêts réciproques neutres sur le plan fiscal, créant un passif net en dollars américains. Ne pas considérer que les prêts devaient être fiscalement neutres pour que l’entente soit logique sur le plan commercial va à

core of the agreement. There is nothing in art. 1412 *C.C.Q.* that prevents a court from giving effect to that agreement.

[74] Further, the additional transactions or prestations envisioned by the parties were sufficiently determinable within the meaning of art. 1373 *C.C.Q.*, as understood by this Court in *AES*. A closer look at the facts of *AES* will prove instructive. Prior to the contemplated reorganization, AES held 1,217,029 Class A shares of Centre technologique, and wrongfully believed that the ACB of the shares was \$1,217,029. AES exchanged all of its Class A shares for 4,500,000 Class B shares of Centre technologique and a demand note for \$1,217,028. Between December 1998 and September 1999, Centre technologique repaid the demand note in full. In 2000, AES was assessed for a capital gain. The motion for rectification brought by AES and Centre technologique centred on modification of the terms of the demand note. The parties asked that the Superior Court substitute the amount of \$95,000 for any reference to \$1,217,028, the former being the correct ACB of the transferred shares at the time of the contract. However, to implement the correction, the parties also asked that the transactional documents be modified to include the issuance of 1,122,029 Class C preferred shares (*Québec (Sous-ministre du Revenu) v. Services environnementaux AES inc.*, 2011 QCCA 394, at paras. 2-3 (CanLII)). In short, they changed a component of the transaction that was based entirely on a debt instrument (the demand note) into separate debt and equity components in order to implement their original intention. The added equity component — the issuance of Class C preferred shares — had never previously been considered by the parties.

[75] For clarity's sake, the factual matrix of *AES* is reproduced in the chart below in comparison with that of the instant case:

l'encontre de l'économie générale de l'entente. La neutralité fiscale était au cœur même de l'entente, et l'art. 1412 *C.c.Q.* n'empêche aucunement les tribunaux de donner effet à cette entente.

[74] Qui plus est, les transactions ou prestations additionnelles envisagées par les parties étaient suffisamment déterminables au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 1373 *C.c.Q.*, tel qu'interprété par la Cour dans l'arrêt *AES*. À cet égard, il est utile d'examiner de plus près les faits de l'affaire *AES*. Avant la réorganisation envisagée, AES détenait 1 217 029 actions de catégorie A de Centre technologique, et croyait à tort que leur PBR s'établissait à 1 217 029 \$. AES a cédé toutes ses actions de catégorie A en échange de 4 500 000 actions de catégorie B de Centre technologique et d'un billet à demande de 1 217 028 \$. Entre décembre 1998 et septembre 1999, Centre technologique a remboursé ce billet en totalité. En 2000, AES a reçu un avis de cotisation faisant état d'un gain en capital. AES et Centre technologique ont déposé une requête en rectification qui visait essentiellement à modifier les modalités du billet à demande. Les parties demandaient à la Cour supérieure de remplacer la somme de 1 217 028 \$ par la somme de 95 000 \$, cette dernière valeur correspondant au PBR exact des actions transférées au moment du contrat. Toutefois, afin de mettre en œuvre la correction, les parties ont également demandé à la cour de modifier les contrats pour y inclure l'émission de 1 122 029 actions privilégiées de catégorie C : *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Services environnementaux AES inc.*, 2011 QCCA 394, 2011 D.T.C. 5045, par. 2-3. Bref, pour réaliser leur intention originale, elles ont modifié une composante de la transaction qui reposait entièrement sur une dette (le billet à demande) en lui substituant des éléments distincts, soit une dette et des capitaux propres. L'élément de capitaux propres — l'émission d'actions privilégiées de catégorie C — n'avait jamais été envisagé auparavant par les parties.

[75] Pour plus de clarté, les fondements factuels de l'affaire *AES* et de la présente affaire sont reproduits dans le tableau ci-après à des fins de comparaison :

	Original Implementation	Requested Rectification <i>(requested corrections emphasized)</i>
AES	<p>(a) AES transfers 1,217,029 Class A shares of Centre technologique to Centre technologique;</p> <p>(b) Centre technologique transfers 4,500,000 Class B shares of Centre technologique to AES;</p> <p>(c) Centre technologique issues a demand note to AES for \$1,217,028.</p>	<p>(a) AES transfers 1,217,029 Class A shares of Centre technologique to Centre technologique;</p> <p>(b) Centre technologique transfers 4,500,000 Class B shares of Centre technologique to AES;</p> <p>(c) Centre technologique issues a demand note to AES for <b>\$95,000</b>;</p> <p>(d) <b>Centre technologique issues 1,122,029 Class C preferred shares to AES.</b></p>

	Mise en œuvre originale	Rectification demandée <i>(corrections demandées en caractères gras)</i>
AES	<p>a) AES transfère 1 217 029 actions de catégorie A de Centre technologique à Centre technologique;</p> <p>b) Centre technologique transfère 4 500 000 actions de catégorie B de Centre technologique à AES;</p> <p>c) Centre technologique émet un billet à demande d'une valeur de 1 217 028 \$ à AES.</p>	<p>a) AES transfère 1 217 029 actions de catégorie A de Centre technologique à Centre technologique;</p> <p>b) Centre technologique transfère 4 500 000 actions de catégorie B de Centre technologique à AES;</p> <p>c) Centre technologique émet un billet à demande d'une valeur de <b>95 000 \$</b> à AES;</p> <p>d) <b>Centre technologique émet au nom d'AES 1 122 029 actions privilégiées de catégorie C.</b></p>

Instant case	<p>(a) On Feb. 7, 2005, PJC Canada loans US\$120 million to PJC USA;</p> <p>(b) On Feb. 25, 2005, PJC Canada purchases an additional 10 common shares of PJC USA for US\$70 million;</p> <p>(c) On Feb. 25, 2005, PJC USA loans US\$70 million to PJC Canada.</p>	<p>(a) On Feb. 7, 2005, PJC Canada loans US\$120 million to PJC USA, payable only on mutual consent of the parties, with interest at LIBOR plus 2.5 percent;</p> <p>(b) On Feb. 25, 2005, PJC Canada purchases an additional 10 common shares of PJC USA for US\$70 million;</p> <p>(c) <b><i>On Feb. 25, 2005, PJC USA repays US\$70 million of the US\$120 million loan to PJC Canada;</i></b></p> <p>(d) <b><i>On Feb. 25, 2005, PJC Canada loans US\$70 million to PJC USA;</i></b></p> <p>(e) On Feb. 25, 2005, PJC USA loans US\$70 million to PJC Canada, with interest at LIBOR plus 2.5 percent.</p>	Présent dossier	<p>a) Le 7 févr. 2005, PJC Canada prête 120 millions de dollars US à PJC USA;</p> <p>b) Le 25 févr. 2005, PJC Canada achète 10 actions ordinaires additionnelles de PJC USA pour 70 millions de dollars US;</p> <p>c) Le 25 févr. 2005, PJC USA prête 70 millions de dollars US à PJC Canada.</p>	<p>a) Le 7 févr. 2005, PJC Canada prête 120 millions de dollars US à PJC USA, somme qui est remboursable seulement advenant le consentement des parties avec intérêt au TIOL, plus 2,5 pour 100;</p> <p>b) Le 25 févr. 2005, PJC Canada achète 10 actions ordinaires additionnelles de PJC USA pour 70 millions de dollars US;</p> <p>c) <b><i>Le 25 févr. 2005, PJC USA rembourse à PJC Canada 70 millions de dollars US sur le prêt de 120 millions de dollars US;</i></b></p> <p>d) <b><i>Le 25 févr. 2005, PJC Canada prête à PJC USA 70 millions de dollars US;</i></b></p> <p>e) Le 25 févr. 2005, PJC USA prête 70 millions de dollars US à PJC Canada, avec intérêt au TIOL, plus 2,5 pour 100.</p>
--------------	---	---	-----------------	---	---

[76] Fifteen years after the original agreement in *AES*, this Court granted *AES*'s requested rectification. In doing so, it nullified the original demand note, replaced it with one for lesser value, and added an equity component to the agreement. This was all done for one reason: to give effect to the parties' original intention to maintain tax neutrality. Today, when faced with a similar request from *PJC Canada*, the majority of this Court denies it.

[77] Turning back to art. 1373 *C.C.Q.*, it is difficult to see how the addition of an originally unintended stock issuance in *AES* was any more determinate or determinable than the addition of intermediate debt transactions requested in this case. Indeed, in this case, under the terms of the February 7, 2005 loan agreement between *PJC Canada* and *PJC USA*, the principal could be repaid only by "mutual consent" of the parties. The insertion of intermediate steps involving the repayment of a demand loan amounts to little more than judicial recognition of a partial discharge of an obligation that was determinable even on the terms of the parties' original instrument. The prestations here entailed the provision of reciprocal debt financing, on the one hand, and partial repayment of that debt, on — and only on — mutual agreement of the parties. The prestations were therefore determinate and the corresponding obligation to repay was determinable.

[78] It is instructive to note that with respect to these intermediate steps, the parties here ask less of the Court than was asked in *AES*. Neither step alters the capital structure of the financing scheme or of the parties. This Court went further in *AES*, where, as explained above, rectifying an error concerning s. 86 of the *ITA* required the addition of a previously unelaborated equity transaction to the parties' operation. In the case at bar, rectifying an error concerning s. 95(1) of the *ITA* requires the addition of intermediate debt financing transactions

[76] Quinze ans après l'entente originale dans *AES*, la Cour a accordé à *AES* la rectification demandée. Ce faisant, elle a annulé le billet à demande initial, l'a remplacé par un billet de valeur moindre, et a ajouté à l'entente une émission d'actions. Tout cela fut fait pour une seule raison : donner effet à l'intention originale des parties de préserver la neutralité fiscale de l'opération. Aujourd'hui, alors qu'elle est saisie d'une demande semblable par *PJC Canada*, les juges majoritaires de la Cour la rejettent.

[77] Pour revenir à l'art. 1373 *C.c.Q.*, il est difficile de comprendre en quoi, dans l'affaire *AES*, l'ajout d'une émission d'actions initialement non prévue serait plus déterminé ou déterminable que l'ajout de transactions de prêt intermédiaires qui est demandé en l'espèce. D'ailleurs, dans la présente affaire, il appert des modalités du contrat de prêt intervenu entre *PJC Canada* et *PJC USA* le 7 février 2005 que le capital ne pouvait être remboursé qu'advenant le [TRADUCTION] « consentement mutuel » des parties. L'insertion d'étapes intermédiaires impliquant le remboursement d'un prêt à demande ne constitue guère plus qu'une reconnaissance judiciaire de l'acquittement partiel d'une obligation, obligation que même les modalités de l'entente originale des parties permettent de déterminer. En l'espèce, les prestations supposaient le financement réciproque de la dette ainsi que le remboursement partiel de cette dette qu'advenant — et uniquement advenant — le consentement mutuel des parties. Les prestations étaient donc déterminées et l'obligation de remboursement correspondante était déterminable.

[78] Il importe de souligner que, en ce qui concerne ces étapes intermédiaires, les parties en l'espèce demandent moins à la Cour que ce qui était réclamé dans *AES*. Aucune des étapes n'altère la structure du scénario de financement ou la structure des parties. La Cour est allée plus loin dans *AES* où, comme je l'ai expliqué, la rectification d'une erreur concernant l'art. 86 de la *LIR* passait par l'ajout à l'entente des parties d'une émission d'actions qui n'avaient jamais été envisagée. Ici, la rectification d'une erreur concernant le par. 95(1)

that were determinable even on the original demand loan agreement.

[79] In my view, it follows from the above that granting PJC Canada's motion under art. 1425 *C.C.Q.* is necessary to remedy the discrepancy between the parties' common intention and the expression of that intention through the implementation of the transactional scheme. As I explain below, it is also legitimate in light of this Court's reasons in *AES*.

(3) The Requested Changes Are Legitimate

[80] PJC Canada's request for rectification is not intended to rewrite the tax history of the transactions, but rather to fill in the gaps by adding two intermediate steps which maintain tax neutrality of the agreed upon structural scheme. As the appellant noted, the Court of Appeal's erroneous finding that the parties initially discarded the intermediate steps they are now requesting polluted the entirety of its reasons inasmuch as it determined that the parties had changed their common intention. They did not. The desired changes do not "alter the nature of the structures contemplated at the outset" (*AES*, at para. 54).

[81] Nor would judicial correction of the gaps in this case invite taxpayers "to engage in bold tax planning" (*AES*, at para. 54). Unlike *AES*, in which the parties sought to defer tax through the use of rollover provisions in the *ITA*, the agreement between PJC Canada and PJC USA was not a tax planning transaction. Neither party sought to reduce or defer taxes payable. Rather, the parties sought to remedy the exchange rate fluctuation problem while maintaining tax neutrality. Judicial correction would therefore merely give effect to their constant common intention while respecting the outlines of their original legal operation. Little has changed: the parties are the same, the amount

de la *LIR* passe par l'ajout de transactions intermédiaires de financement par prêt qui étaient déterminables, même en fonction des contrats initiaux de prêts remboursables sur demande.

[79] En raison de ce qui précède, j'estime qu'il est nécessaire d'accueillir la requête présentée par PJC Canada en vertu de l'art. 1425 *C.c.Q.* afin de corriger l'écart entre l'intention commune des parties et l'expression de cette intention par la mise en œuvre de la structure transactionnelle convenue par les parties. Comme je l'explique ci-après, il est également légitime de le faire à la lumière des motifs de la Cour dans l'arrêt *AES*.

(3) Les modifications demandées sont légitimes

[80] Par sa requête en rectification, PJC Canada ne demande pas de réécrire l'histoire fiscale des transactions, mais plutôt d'en combler les vides en y ajoutant deux étapes intermédiaires qui préservent la neutralité fiscale de la structure convenue. Ainsi que l'a souligné l'appelante, la conclusion erronée de la Cour d'appel — suivant laquelle les parties avaient initialement écarté les étapes intermédiaires visées par la présente demande — a vicié l'ensemble de ses motifs, dans la mesure où le tribunal a conclu que les parties avaient modifié leur intention commune, ce que les parties n'ont pas fait. Les modifications souhaitées « ne chang[ent] pas la nature de la structure envisagée au départ » : *AES*, par. 54.

[81] En outre, l'exercice judiciaire qui consiste à combler les vides dans ce cas-ci n'aurait pas pour effet d'inviter les contribuables « à se lancer dans des planifications fiscales audacieuses » : *AES*, par. 54. Contrairement à l'affaire *AES*, où les parties cherchaient à reporter l'impôt payable en recourant aux dispositions de la *LIR* sur le roulement, l'entente entre PJC Canada et PJC USA ne constituait pas une planification fiscale. Aucune des parties ne cherchait à réduire ou à reporter l'impôt payable. Les parties tentaient de remédier à un problème de fluctuation du taux de change tout en préservant la neutralité fiscale de l'opération. La rectification apportée par la Cour consisterait simplement

of money is the same, and the net effect from an accounting standpoint remains the same.

[82] Given that the addition of the two intermediate transactions does not modify the original agreed upon structure of the operation, there is nothing here to suggest bad faith or an abuse of right on the part of the appellant. It is well established that a tax motivation does not taint the legitimacy of the parties' bargain (*Walls v. Canada*, 2002 SCC 47, [2002] 2 S.C.R. 684; see also *Backman v. Canada*, 2001 SCC 10, [2001] 1 S.C.R. 367, at para. 22). The tax advisors' fault of omission was committed in good faith following the exercise of reasonable diligence by PJC Canada. No allegations of fraud or even a hint of bold tax planning have been raised in the context of these proceedings. I should note that a tax advisor's good faith error should not constitute an automatic bar to rectification.

[83] In these circumstances, rectifying the agreement so that it reflects the parties' common and continuing intention does not convert art. 1425 *C.C.Q.* into a "catch-all insurance" policy for their "inadvertence or mistakes" (majority reasons, at para. 42). In Quebec, "[e]very person is bound to exercise his civil rights in . . . good faith" (art. 6 *C.C.Q.*), and "[n]o right may be exercised . . . in an excessive and unreasonable manner" (art. 7 *C.C.Q.*). Further, art. 1375 *C.C.Q.* provides that the parties must conduct themselves in good faith throughout the determination, execution and extinguishment of their obligations. In circumstances where an applicant failed to act diligently, or sought the benefit of an earlier mistake with a view to retroactive tax planning, a court would properly reject such a request for lack of good faith and abuse of right. These concerns are often best left to the application judge, who has the benefit of the full factual record. But no such concerns arose in this case.

à donner effet à leur intention commune et continue, tout en respectant les grandes lignes des opérations juridiques originales. Les modifications sont minimales : les parties sont les mêmes, les montants sont les mêmes et l'effet net sur le plan comptable reste le même.

[82] Puisque l'ajout des deux transactions intermédiaires ne modifie pas la structure originale convenue, rien ne laisse supposer que l'appelante, en l'espèce, a fait preuve de mauvaise foi ou commis un abus de droit. Il est bien établi qu'une motivation d'ordre fiscal n'enlève rien à la légitimité de l'entente des parties : *Walls c. Canada*, 2002 CSC 47, [2002] 2 R.C.S. 684; voir aussi *Backman c. Canada*, 2001 CSC 10, [2001] 1 R.C.S. 367, par. 22. L'erreur d'omission des conseillers fiscaux est survenue en toute bonne foi, après que PJC Canada eut fait preuve de diligence raisonnable. Aucune allégation de fraude, ni même une allusion de planification financière audacieuse n'a été formulée en l'espèce. Je souligne que l'erreur de bonne foi commise par un conseiller fiscal ne devrait pas automatiquement faire obstacle au recours en rectification.

[83] Dans les circonstances, rectifier l'entente pour qu'elle reflète l'intention commune et continue des parties ne fait pas de l'art. 1425 *C.c.Q.* une police d'« assurance générale » couvrant les « inattentions ou erreurs » : motifs des juges majoritaires, par. 42. Au Québec, « [t]oute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi » (art. 6 *C.c.Q.*) et « [a]ucun droit ne peut être exercé [. . .] d'une manière excessive et déraisonnable » (art. 7 *C.c.Q.*). En outre, l'art. 1375 *C.c.Q.* prévoit que les parties doivent agir de bonne foi tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution et de son extinction. Dans les cas où le demandeur n'a pas agi avec diligence, ou cherche à profiter d'une erreur antérieure dans une perspective de planification fiscale avec effet rétroactif, le tribunal aurait raison de rejeter la demande pour absence de bonne foi ou abus de droit. Ces considérations vont souvent être préférablement laissées à l'appréciation du juge saisi de la demande, puisqu'il a l'avantage d'avoir à sa disposition le dossier factuel complet. En l'espèce, toutefois, aucune préoccupation de cette nature n'a été soulevée.

[84] Further, PJC Canada’s request is legitimate under the apposite provisions of its actual governing statute. Indeed, s. 458 of the *Business Corporations Act*, CQLR, c. S-31.1, provides, in relevant part, as follows:

458. On an application by any interested person, the court may make any order it thinks fit to correct, or modify the consequences in law of, a mistake, or to validate any act vitiated as a result of the mistake, and may give any related directions it considers necessary.

For the purposes of this subdivision, “mistake” includes an omission, defect, defect of form, error or irregularity that has occurred in the conduct of the affairs of the corporation as a result of which

(3) an action approved or decision made by the shareholders meeting, the board of directors or one of its committees has been rendered ineffective.

In keeping with the guidance provided in *AES*, s. 459 of the same Act acknowledges that, “[u]nless the court decides otherwise, an order [under s. 458] may not prejudice the rights of any third person”.

[85] In this case, granting PJC Canada’s request does nothing to affect the rights of third parties. As explained above, the tax authorities are not third party beneficiaries of the parties’ mistake (*AES*, at para. 52). It bears mentioning that the tax authorities are not parties to the contract either, and cannot pretend to invoke the same rights as a contracting party.

[86] In the absence of third party reliance, granting PJC Canada’s request promotes, rather than undermines, commercial certainty because it advances the contractual expectations of the parties. The fact that PJC Canada and PJC USA are in agreement as to their common intention puts this case in stark

[84] De plus, il appert des dispositions pertinentes de la loi constitutive gouvernant actuellement PJC Canada que sa demande est légitime. En effet, le passage pertinent de l’art. 458 de la *Loi sur les sociétés par actions*, RLRQ, c. S-31.1, prévoit ce qui suit :

458. Le tribunal peut, à la demande de toute personne intéressée, rendre toute ordonnance appropriée afin qu’une erreur soit corrigée ou pour modifier les conséquences juridiques d’une telle erreur, ou pour valider tout acte vicié en raison d’une telle erreur. Il peut notamment, dans ce cadre, donner toute directive qu’il estime nécessaire.

Pour l’application de la présente sous-section, le mot « erreur » s’entend notamment d’une omission, d’un défaut, d’un vice de forme, d’une méprise ou d’une irrégularité survenu dans la conduite des affaires internes d’une société et qui entraîne :

3° l’inobservation d’une mesure ou d’une décision prise par l’assemblée des actionnaires, le conseil d’administration ou l’un de ses comités.

Dans la même veine que les lignes directrices établies dans l’arrêt *AES*, suivant l’art. 459 de la même loi « [à] moins que le tribunal n’en décide autrement, une ordonnance [rendue en vertu de l’art. 458] ne peut porter atteinte aux droits d’un tiers ».

[85] En l’espèce, faire droit à la demande de PJC Canada ne porte aucunement atteinte aux droits de tiers. Comme je l’ai expliqué, le fisc n’est pas un tiers bénéficiaire des erreurs commises par les parties : *AES*, par. 52. Il convient de mentionner que le fisc n’est pas non plus une partie au contrat et qu’il ne saurait prétendre aux mêmes droits qu’une partie contractante.

[86] En l’absence d’argument fondé sur des droits de tiers, faire droit à la requête de PJC Canada favorise, plutôt qu’elle ne l’affaiblit, la stabilité commerciale parce que les attentes contractuelles des parties s’en trouvent réalisées. Le fait que PJC Canada et PJC USA s’entendent dans le cas présent

contrast with one in which the parties disagree as to the bargain they struck. In the latter case, the potential for an illegitimate *ex post* rewriting of the initial bargain is heightened. But that concern is absent here.

[87] Since *AES*, courts in Quebec and across Canada have permitted parties who were settled as to their common intention to rectify or otherwise modify their bargain regardless of the impact on the tax authority's coffers (see, *inter alia*, *Pallen Trust, Re*, 2015 BCCA 222, 385 D.L.R. (4th) 499; *Lemair v. Canada (Procureur général)*, 2015 QCCS 1142; *Canada (Attorney General) v. Brogan Family Trust*, 2014 ONSC 6354, 2015 D.T.C. 5008; *Philippe Trépanier inc. et Deloitte, s.e.n.c.r.l.*, 2014 QCCS 2615). These cases, like the instant case and *AES*, stand in contrast to cases in which one party attempts to impose terms on the other contrary to their original agreement. In *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157, for example, the parties disagreed as to the geographical scope of the term "Metropolitan City of Vancouver". In the case of a proven disagreement (or an absence of agreement) between the parties, it follows as a matter of course that the request for rectification should be denied. In the language of the *Code*, in such a case there was never an "agreement of wills" (art. 1378 *C.C.Q.*).

[88] This case is different. Here, the application judge found that PJC Canada and PJC USA had a clear intention to resolve the exchange rate fluctuation problem without triggering any tax consequences. In stating that the parties were "seeking to rewrite the tax history of the transaction", the Court of Appeal inappropriately replaced the application judge's factual finding with its own (para. 37). And, I repeat, it erred in doing so. The intermediate steps forming the subject of the parties' rectification motion had never been discarded by them. Proper consideration of the circumstances surrounding the parties' motion for rectification reveals that their request is a legitimate one.

quant à leur intention commune contraste nettement avec le cas où les parties sont en désaccord quant à l'entente qu'elles ont conclue. Dans ce dernier cas, le risque de réécrire illégitimement l'entente initiale a posteriori est d'autant plus évident. Ce risque n'existe toutefois pas en l'espèce.

[87] Depuis l'arrêt *AES*, les tribunaux du Québec et de l'ensemble du Canada ont permis à des parties qui s'étaient entendues quant à leur intention commune de rectifier ou d'autrement modifier leur entente, sans égard pour l'incidence que cela pouvait avoir sur les coffres du fisc : voir, entre autres, *Pallen Trust, Re*, 2015 BCCA 222, 385 D.L.R. (4th) 499; *Lemair c. Canada (Procureur général)*, 2015 QCCS 1142; *Canada (Attorney General) c. Brogan Family Trust*, 2014 ONSC 6354, 2015 D.T.C. 5008; *Philippe Trépanier inc. et Deloitte, s.e.n.c.r.l.*, 2014 QCCS 2615. Ces affaires, comme celles de l'espèce et d'*AES*, se distinguent de celles où l'une des parties tente d'imposer à l'autre des conditions contraires à celles de l'entente originale. Dans l'arrêt *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157, par exemple, les parties ne s'entendaient pas sur la portée géographique du terme « agglomération de la ville de Vancouver ». Dans le cas d'un désaccord prouvé (ou d'une absence d'accord) entre les parties, il est évident que la requête en rectification doit être rejetée. Pour reprendre les termes du *Code*, il n'y a jamais eu, dans un tel cas, d'« accord de volonté » : art. 1378 *C.c.Q.*

[88] L'affaire qui nous occupe est différente. Le juge saisi de la demande a conclu, en l'espèce, que PJC Canada et PJC USA avaient clairement l'intention de résoudre le problème de fluctuation du taux de change sans engendrer de conséquences fiscales. En déclarant que les parties [TRADUCTION] « cherchaient [. . .] à réécrire l'histoire fiscale de l'entente », la Cour d'appel a substitué de façon inappropriée sa propre conclusion de fait à celle du juge de première instance : par. 37. Je répète en outre que, ce faisant, elle a commis une erreur. Les étapes intermédiaires faisant l'objet de la requête en rectification des parties n'avaient jamais été rejetées par les parties. Un examen adéquat des circonstances entourant cette requête révèle qu'elle est légitime.

### C. Conclusion

[89] For these reasons, PJC Canada's motion for rectification is both necessary and legitimate. The parties had a constant common intention and demonstrated reasonable diligence by seeking advice to carry it out. They acted in good faith in seeking to remedy their exchange rate fluctuation problem without generating any tax consequences. They asked the application judge to fill in the gaps between the operations they had implemented insofar as those operations failed to fully reflect their common intention. Nothing about their request engaged the rights of third parties and there was no offense to the rules of evidence involved. In my view, all of this puts their application squarely within the parameters established by *AES* as one meriting rectification.

[90] With respect, I believe that constricting LeBel J.'s liberal and generous approach to the availability of rectification under art. 1425 *C.C.Q.* is incongruous with the realities of modern commerce. The majority reasons amount to saying that rectification in the civil law is permissible only where (i) each and every juridical act required to achieve a desired taxation outcome has been correctly identified, characterized and therefore rendered determinate, and (ii) each and every potential tax consequence has been accurately predicted. This was not the law before or after *AES*. Nor should it become the law now. A complex transactional scheme may comprise a multitude of juridical acts. In advising their clients with respect to such acts, tax professionals are often called upon to resolve complex problems under significant time constraints. Mistakes happen. Depriving taxpayers of the ability to correct those mistakes undermines their right, long recognized in Canadian law, to organize their affairs so as to minimize tax liability (*Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.); *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, at paras. 45-46).

### C. Conclusion

[89] Pour ces motifs, la requête en rectification de PJC Canada est à la fois nécessaire et légitime. Les parties avaient une intention commune et continue, et elles ont fait preuve de diligence raisonnable en demandant conseil pour la réaliser. Elles ont agi de bonne foi en tentant de remédier à leur problème de fluctuation du taux de change, et ce, sans conséquences fiscales. Elles ont demandé au juge saisi de la demande de combler les vides entre les opérations jusqu'alors exécutées, dans la mesure où ces opérations ne permettent pas de refléter pleinement leur intention commune. Rien dans leur demande ne portait atteinte aux droits de tiers et il n'y a eu aucune violation des règles de preuve. J'estime que, pour toutes ces raisons, leur demande respecte clairement les paramètres établis dans l'arrêt *AES* pour qu'une rectification soit accordée.

[90] Soit dit en tout respect, j'estime que le fait de restreindre l'approche libérale et généreuse du juge LeBel au recours en rectification visé par l'art. 1425 *C.c.Q.* est incompatible avec les réalités du commerce moderne. Il découle des motifs des juges majoritaires que la rectification n'est possible, en droit civil, que si (i) chacun des actes juridiques nécessaires pour parvenir au résultat fiscal désiré a été correctement déterminé et précisé, et de ce fait rendu déterminé, et que (ii) chacune des conséquences fiscales possibles a été prédite avec exactitude. Tel n'était pas l'état du droit avant ou après l'arrêt *AES*. Et tel ne devrait pas devenir l'état du droit maintenant. Une structure transactionnelle complexe peut comporter une multitude d'actes juridiques. Les fiscalistes qui conseillent leurs clients à cet égard sont souvent appelés à résoudre des problèmes complexes dans des délais très serrés. Des erreurs peuvent survenir. Priver les contribuables de la possibilité de corriger ces erreurs porte atteinte à leur droit, depuis longtemps reconnu en droit canadien, d'organiser leurs affaires de manière à réduire leur responsabilité fiscale : *Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.); *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, par. 45-46.

[91] The fact that this deprivation will be consistent across Canada makes it all the more troubling. I agree with my colleague that convergence between Quebec civil law and the common law of the other provinces is desirable from a tax policy perspective (para. 52). Indeed, in this Court, the parties agreed that the common law and the civil law are functionally similar with respect to the availability of rectification. But retreating from the interpretation of art. 1425 *C.C.Q.* adopted in *AES* in order to achieve harmony with this Court's contraction of equitable discretion in *Fairmont* is inconsistent with the law of contract in Quebec. Under art. 1378 *C.C.Q.*, a contract consists in an "agreement of wills" formed by the sole exchange of consents. This provision, like every article in the *Code*, must be construed "broadly so as to favour its spirit over its letter and enable [its] purpose . . . to be achieved" (*Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862, at para. 15). Given that contracts can be expressed orally without recourse to written instruments, *AES* left open the possibility of rectifying errors in oral expression (paras. 28 and 32). This is consistent with the civil law principle, inherent in arts. 1378 and 1425 *C.C.Q.*, that a contract is based on the common intention of the parties, not on the expression of that intention.

[92] The majority's reasons in *Fairmont* are irreconcilable with these articles of the *Code*. Rectification in Canadian common law jurisdictions is now "limited to cases where the agreement between the parties was not correctly recorded in the instrument that became the final expression of their agreement" (*Fairmont*, at para. 3). There appears to be no scope for rectifying oral agreements. With respect, to the extent that my colleague in this case would import this limitation into the civil law, the "convergence" between the two legal systems is, in my opinion, far from "natural" (majority reasons, at para. 52).

[91] Que cette privation soit la même dans tout le Canada est encore plus troublant. Je suis d'accord avec mon collègue pour dire que la convergence entre le droit civil québécois et la common law des autres provinces est souhaitable d'un point de vue de politique fiscale : par. 52. D'ailleurs, les parties ont reconnu devant la Cour que la common law et le droit civil sont fonctionnellement semblables lorsqu'il s'agit d'exercer un recours en rectification. Cela dit, renoncer à l'interprétation de l'art. 1425 *C.c.Q.* préconisée par la Cour dans l'arrêt *AES* dans un effort d'harmonisation avec l'approche restrictive que celle-ci adopte à l'égard du pouvoir discrétionnaire que confère l'equity dans l'arrêt *Fairmont* est incompatible avec le droit des contrats au Québec. Selon l'art. 1378 *C.c.Q.*, le contrat est un « accord de volonté » qui se réalise par un simple échange de consentements. Cette disposition, comme toutes les autres dispositions du *Code*, doit recevoir une interprétation « large qui favorise l'esprit sur la lettre et qui permette [. . .] d'atteindre [son] objet » : *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, par. 15. Puisque les contrats peuvent être exprimés oralement, sans être constatés par un document écrit, l'arrêt *AES* n'a pas écarté la possibilité de rectifier les erreurs d'expression verbale (par. 28 et 32). Cela est compatible avec la notion de contrat en droit civil, inhérente aux art. 1378 et 1425 *C.c.Q.*, qui s'attache à l'intention commune des parties et non à l'expression de cette intention.

[92] Les motifs des juges majoritaires dans *Fairmont* sont inconciliables avec ces dispositions du *Code*. Dans les ressorts canadiens de common law, il n'y a dorénavant rectification « que dans les cas où l'entente entre les parties n'a pas été correctement consignée dans l'instrument qui est devenu l'expression finale de leur entente » : *Fairmont*, par. 3. Il semble n'y avoir aucune possibilité de rectifier les ententes orales. Ceci dit en tout respect, dans la mesure où mon collègue, dans la présente affaire, souhaite importer cette restriction en droit civil, la « convergence » entre les deux systèmes juridiques est, à mon avis, loin d'être « naturelle » : motifs des juges majoritaires, par. 52.

[93] In the absence of an adequate recourse in rectification, one might say that in cases like the case at bar, taxpayers may bring a professional negligence action against their advisors. With respect, I would think that rectifying the agreement, in line with the innocent party's duty to mitigate under art. 1479 *C.C.Q.*, is preferable to the promotion of claims against that party's advisors. On this front, the majority's position ignores the important role played by tax professionals in the modern business world, which represents a stark departure from this Court's recent recognition that "[i]ncome tax law is notoriously complex and many taxpayers rely on tax advisors to help them comply" (*Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3, at para. 1).

[94] In my view, a solution that favours the common and consistent intention of the parties and reflects commercial realities is preferable.

### III. Disposition

[95] For these reasons, I would allow the appeal with costs to the appellant.

*Appeal dismissed with costs, ABELLA and CÔTÉ JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener: Larivière Meunier, Montréal.*

[93] En l'absence d'un recours en rectification adéquat, on pourrait dire que, dans les affaires comme celle dont nous sommes saisis, les contribuables peuvent poursuivre leurs conseillers pour négligence professionnelle. En tout respect, je crois qu'il est préférable de procéder à la rectification de l'entente, conformément à l'obligation de limiter les dommages incombant à la partie innocente suivant l'art. 1479 *C.c.Q.*, plutôt que d'inciter cette partie à poursuivre ses conseillers. Sur ce point, la position des juges majoritaires ignore le rôle important que jouent les fiscalistes dans le monde moderne des affaires, et cette position s'écarte nettement de la récente reconnaissance par la Cour selon laquelle « [l]e droit de l'impôt sur le revenu est d'une complexité notoire, et [que] de nombreux contribuables recourent aux services de conseillers fiscaux pour en observer les règles » : *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3, par. 1.

[94] À mon avis, une solution qui favorise l'intention commune et continue des parties et qui tient compte des réalités commerciales est préférable.

### III. Dispositif

[95] Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi avec dépens en faveur de l'appelante.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges ABELLA et CÔTÉ sont dissidentes.*

*Procureurs de l'appelante : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.*

*Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante : Larivière Meunier, Montréal.*

**Attorney General of Canada** *Appellant*

v.

**Fairmont Hotels Inc., FHIW Hotel Investments (Canada) Inc. and FHIS Hotel Investments (Canada) Inc.** *Respondents*

**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. FAIRMONT HOTELS INC.**

**2016 SCC 56**

File No.: 36606.

2016: May 18; 2016: December 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Contracts — Equity — Remedies — Rectification of written instrument recording prior agreement — Agreement intended by parties to operate on tax-neutral basis — Corporate resolutions effecting share redemption — Share redemption having unintended tax consequences — Whether courts below erred in holding parties' intention can support grant of rectification — Whether equitable remedy of rectification available.*

*Commercial law — Corporations — Taxation — Whether rectification of contract amounts to retroactive tax planning.*

Fairmont Hotels Inc. was involved in the financing of Legacy Hotels' purchase of two other hotels, in U.S. currency. The financing arrangement was intended to operate on a tax-neutral basis. When Fairmont was later acquired, that intention was frustrated, however, since the acquisition would cause Fairmont and its subsidiaries to realize a deemed foreign exchange loss. The parties to Fairmont's acquisition therefore agreed on a plan, which allowed Fairmont to hedge itself against any exposure to the foreign exchange tax liability, but not its subsidiaries. There was no plan for protecting them from such exposure because the plan was deferred. The following year, Legacy Hotels asked Fairmont to terminate their financing arrangement to allow for the sale of the two other hotels. Therefore, Fairmont redeemed its shares in

**Procureur général du Canada** *Appelant*

c.

**Hôtels Fairmont Inc., FHIW Hotel Investments (Canada) Inc. et FHIS Hotel Investments (Canada) Inc.** *Intimées*

**RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. HÔTELS FAIRMONT INC.**

**2016 CSC 56**

N° du greffe : 36606.

2016 : 18 mai; 2016 : 9 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Contrats — Equity — Recours — Rectification d'un instrument écrit qui consigne une entente antérieure — Souhait des parties que l'entente soit exécutée de façon neutre sur le plan fiscal — Résolutions d'une société portant rachat d'actions — Rachat d'actions entraînant des conséquences non souhaitées — Les juridictions inférieures ont-elles commis une erreur en concluant que l'intention des parties peut justifier l'octroi d'une rectification? — Est-il possible d'obtenir la rectification, une réparation en equity?*

*Droit commercial — Sociétés par actions — Fiscalité — La rectification du contrat est-elle assimilable à une planification fiscale rétroactive?*

Hôtels Fairmont Inc. a participé au financement de l'acquisition, par Legacy Hotels, de deux autres hôtels en dollars américains. L'entente de financement devait être exécutée de façon neutre sur le plan fiscal. Lorsque Fairmont a été acquise par la suite, cet objectif a toutefois été contrecarré, puisque l'acquisition aurait fait subir à Fairmont et à ses filiales une perte sur change présumée. Les parties à l'acquisition de Fairmont ont donc convenu d'un plan qui permettait à Fairmont, mais non à ses filiales, de se protéger du risque d'être tenue à une obligation fiscale prospective sur les opérations de change. Aucun plan n'a été échafaudé pour protéger les filiales de ce risque parce que la conception de ce plan a été reportée à plus tard. L'année suivante, Legacy Hotels a demandé à Fairmont de résilier leur entente de financement

its subsidiaries, by resolutions passed by their directors. This resulted however in an unanticipated tax liability. Fairmont sought to avoid that liability by rectification of the directors' resolutions. Both the application judge and the Court of Appeal granted that rectification on the basis of the parties' intended tax neutrality.

*Held* (Abella and Côté JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ.: Both courts below erred in holding that the parties' intention of tax neutrality could support a grant of rectification. A common continuing intention does not suffice. Rectification is an equitable remedy designed to correct errors in the recording of terms in written legal instruments. It is limited to cases where a written instrument has incorrectly recorded the parties' antecedent agreement. In other words, rectification is not available where the basis for seeking it is that one or both of the parties wish to amend not the instrument recording their agreement, but the agreement itself.

Where the error is said to result from a mistake common to both or all parties to the agreement, rectification of the instrument is available upon the court being satisfied that there was a prior agreement whose terms are definite and ascertainable; that the agreement was still in effect at the time the instrument was executed; that the instrument fails to accurately record the agreement; and that the instrument, if rectified, would carry out the parties' prior agreement.

It falls to a party seeking rectification to show not only the putative error in the instrument, but also the way in which the instrument should be rectified in order to correctly record what the parties intended to do. The applicable standard of proof to be applied to evidence adduced in support of a grant of rectification is the balance of probabilities. A court will typically require evidence exhibiting a high degree of clarity, persuasiveness and cogency before substituting the terms of a written instrument with those said to form the parties' true intended course of action. On rectification, both equity and the civil law are *ad idem*, despite each legal system arriving at it by different paths — the former being concerned with correcting the document, and the latter focusing on

de façon à permettre la vente des deux autres hôtels. Par conséquent, Fairmont a racheté les actions qu'elle détenait dans ses filiales au moyen de résolutions adoptées par leurs administrateurs. Cette opération a toutefois fait naître une obligation fiscale imprévue. Fairmont a voulu se soustraire à cette obligation en faisant rectifier les résolutions des administrateurs. Tant le juge saisi de la demande que la Cour d'appel ont accordé cette rectification au motif que les parties recherchaient la neutralité fiscale.

*Arrêt* (les juges Abella et Côté sont dissidentes) : Le pourvoi est accueilli.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown : Les deux juridictions inférieures ont commis une erreur en concluant que l'objectif de neutralité fiscale des parties pouvait justifier l'octroi d'une rectification. Une intention commune constante ne suffit pas. La rectification est une réparation en equity visant à corriger les erreurs dans la consignation de modalités dans des instruments juridiques écrits. Il n'y a rectification que dans les cas où un instrument écrit a consigné incorrectement l'entente antérieure entre les parties. Autrement dit, la rectification ne peut être accordée lorsqu'elle est fondée sur le désir de l'une des parties ou des deux de modifier non pas l'instrument consignnant leur entente, mais l'entente elle-même.

Lorsqu'on allègue que l'erreur résulte d'une erreur commune à toutes les parties à l'entente, le tribunal peut accorder la rectification de l'instrument s'il est convaincu qu'il y avait une entente antérieure dont les modalités sont déterminées et déterminables, que l'entente était toujours en vigueur au moment de la signature de l'instrument, que l'instrument ne consigne pas correctement l'entente et que l'instrument, s'il est rectifié, exécuterait l'entente antérieure des parties.

Il incombe à la partie qui sollicite la rectification de démontrer non seulement l'erreur putative, mais également la façon dont l'instrument devrait être rectifié afin de consigner correctement ce que les parties avaient l'intention de faire. La norme de preuve applicable à la preuve présentée à l'appui d'une demande de rectification est la prépondérance des probabilités. Le tribunal exigera généralement une preuve très claire, convaincante et solide avant de permettre que les modalités d'un instrument écrit soient remplacées par celles qui constateraient la véritable intention des parties. En matière de rectification, l'equity et le droit civil vont dans le même sens, malgré le fait que chaque système juridique arrive à une même conclusion par des voies différentes — le

its interpretation. This convergence is undoubtedly desirable.

These principles are to be applied in a tax context just as they are in a non-tax context. This is to avoid impermissible retroactive tax planning. In this case, the application of these principles leads unavoidably to the conclusion that Fairmont's application for rectification should have been dismissed, since it could not demonstrate having reached a prior agreement with definite and ascertainable terms. It is clear that Fairmont intended to limit, if not avoid altogether, its tax liability in unwinding the financing arrangement. And, by redeeming the shares, this intention was frustrated. Without more, however, these facts do not support a grant of rectification. Rectification is not equity's version of a mulligan. Courts rectify instruments that do not correctly record agreements. Courts do not rectify agreements where their faithful recording in an instrument has led to an undesirable or otherwise unexpected outcome.

Relatedly, Fairmont has not demonstrated how its intention, held in common and on a continuing basis with its subsidiaries, was to be achieved in definite and ascertainable terms while unwinding the financing arrangement. Fairmont refers to a plan to protect its subsidiaries from foreign exchange tax liability, but that plan was not only imprecise. It really was not a plan at all, being at best an inchoate wish to protect the subsidiaries, by unspecified means.

*Per* Abella and Côté JJ. (dissenting): There is no adjustment to the test for rectification in a tax case, and in this case the test has been met. The lower court's decisions to grant rectification resulted from the factual finding that the parties had a continuing, ascertainable intention to pursue the transaction on a tax-free basis or not at all. The majority's approach however unduly narrows the doctrine of rectification's scope. A common, continuing, definite and ascertainable intention to pursue a transaction in a tax-neutral manner has usually satisfied the threshold for granting rectification. The additional requirement that the parties clearly identify the precise mechanism by which they intended to achieve tax neutrality, and how that mechanism was mistakenly transcribed in a document, has the effect of raising the threshold and frustrating the purpose of the remedy. Whether a mistake is unilateral or mutual, rectification is, ultimately, an equitable remedy that seeks to give effect to the true intention of the parties, and prevent errors

premier visant la correction du document, et le dernier étant axé sur son interprétation. Cette convergence est indubitablement souhaitable.

Ces principes doivent être appliqués dans un contexte fiscal exactement de la même manière que dans un contexte non fiscal afin d'éviter une planification fiscale rétroactive inadmissible. En l'espèce, l'application de ces principes mène inévitablement à la conclusion que la demande de rectification de Fairmont aurait dû être rejetée, puisqu'elle n'a pu démontrer qu'elle avait conclu une entente antérieure dont les modalités étaient déterminées et déterminables. Il est clair que Fairmont comptait limiter, voire éviter complètement, son obligation fiscale en annulant l'entente de financement. Et le rachat des actions a contrecarré cette intention. Sans plus, toutefois, ces faits ne justifient pas l'octroi d'une rectification. La rectification n'est pas équivalente en equity à un second essai. Les tribunaux rectifient des instruments qui ne consignent pas correctement une entente. Ils ne rectifient pas les ententes dont la consignation fidèle dans un instrument a mené à un résultat indésirable ou par ailleurs imprévu.

De même, Fairmont n'a pas démontré comment son intention, qu'elle partageait de manière constante avec ses filiales, devait être réalisée selon des modalités déterminées et déterminables tout en annulant l'entente de financement. Fairmont parle d'un plan visant à protéger ses filiales contre une obligation fiscale sur les opérations de change, mais ce plan n'était pas seulement imprécis. Il ne s'agissait même pas en fait d'un plan. Ce n'était tout au plus qu'un désir incomplet de protéger les filiales par des moyens non précisés.

*Les juges* Abella et Côté (dissidentes) : Il n'y a pas lieu de modifier le test de rectification dans une affaire de nature fiscale et, en l'espèce, ce test a été respecté. Les décisions des juridictions inférieures d'accorder la rectification reposent sur la conclusion de fait que les parties avaient l'intention constante et déterminable de réaliser l'opération sans incidences fiscales, ou de ne pas la réaliser du tout. L'approche de la majorité restreint toutefois indûment la portée de la doctrine de la rectification. L'intention commune, constante, déterminée et déterminable de réaliser une opération sans incidences fiscales satisfait habituellement au seuil d'octroi d'une rectification. L'exigence supplémentaire selon laquelle les parties doivent désigner clairement le mécanisme précis au moyen duquel elles ont l'intention d'atteindre la neutralité fiscale, ainsi que la manière dont ce mécanisme a été incorrectement transcrit dans le document, a pour effet de hausser le seuil et de contrecarrer l'objet de la réparation. Que l'erreur soit unilatérale ou commune,

from causing windfalls. The doctrine is also based on the principle of unjust enrichment, namely, that it would be unfair to rigidly enforce an error that enriches one party at the expense of another.

While rectification seems most often to have been granted in the context of agreed upon terms having been transcribed incorrectly, since unjust enrichment can result from a mistake in carrying out the intention of the parties, the remedy is also available to correct errors in implementation. Courts have, as a result, granted rectification where a corporate transaction was conducted in the wrong sequence, where an underlying calculation in a contract was incorrect, and where the requisite steps of an amalgamation were not correctly carried out.

Whether the errors are in transcription or in implementation, courts may refuse to exercise their discretion where allowing rectification would prejudice the rights of third parties. But the mere existence of a third party will not bar rectification. Only where the third party has actually relied on the flawed agreement will rectification be barred. Just as rectification can prevent one party from enforcing an error and being unjustly enriched by the other's mistake, rectification can also prevent a third party who has not relied on the agreement from enforcing a mistake and receiving a windfall.

Allowing the tax authorities, a third party, to profit from legitimate tax planning errors, when its own rights have not been prejudiced in any way, amounts to unjust enrichment. Businesses and individuals are legally entitled to structure their affairs in a way that minimizes their tax burden. The tax department is not entitled to play "Gotcha" any more than would any other third party who did not rely to its detriment on the mistake. On the other hand, businesses and individuals should not be allowed to exploit rectification for purposes of engaging in retroactive tax planning.

Civil law and common law rectification in the tax context are clearly based on analogous principles, namely, that the true intention of the parties has primacy over errors in the transcription or implementation of that agreement, subject to a need for precision and the rights of third parties who detrimentally rely on the agreement. That means that there is no principled basis in either legal system for a stricter standard in the tax context simply

la rectification est, en définitive, une réparation d'équité qui vise à donner effet à la véritable intention des parties et à empêcher que des erreurs donnent lieu à des gains fortuits. La doctrine est aussi fondée sur le principe d'enrichissement injustifié, à savoir qu'il serait injuste de donner effet, de façon rigide, à une erreur qui enrichit l'une des parties au détriment de l'autre.

Certes, on semble avoir le plus souvent accordé la rectification dans des cas où les modalités convenues avaient été mal transcrites, mais puisque l'enrichissement injustifié peut résulter d'une erreur dans la réalisation de l'intention des parties, on peut aussi recourir à la rectification pour corriger les erreurs de mise en œuvre. Les tribunaux ont donc accordé la rectification demandée lorsqu'une transaction commerciale a été exécutée dans le mauvais ordre, lorsqu'une erreur de calcul sous-jacente au contrat a été commise, et lorsque les étapes nécessaires d'une fusion ont été mal suivies.

Que l'erreur réside dans la transcription ou dans la mise en œuvre, les tribunaux peuvent refuser d'exercer leur pouvoir discrétionnaire si la rectification serait préjudiciable aux droits des tiers. Toutefois, la simple présence d'un tiers ne fait pas obstacle à la rectification. La rectification ne sera irrecevable que si le tiers en question s'est effectivement fondé sur l'entente erronée. La rectification peut empêcher une partie de donner effet à une erreur et de s'enrichir injustement parce que l'autre partie s'est trompée, tout comme elle peut empêcher un tiers qui ne s'est pas fié sur l'entente de donner effet à une erreur et d'en tirer profit.

Permettre aux autorités fiscales, une tierce partie, de tirer profit des erreurs commises dans une planification fiscale légitime, alors qu'il n'a été nullement porté atteinte à ses droits, équivaut à un enrichissement injustifié. Les entreprises et les particuliers ont légalement le droit d'organiser leurs affaires de manière à réduire le plus possible leur fardeau fiscal. Le fisc ne peut pas plus jouer à « *Gotcha* » que n'importe quel autre tiers qui ne s'est pas fondé à son détriment sur l'erreur. D'autre part, les entreprises et les particuliers ne devraient pas pouvoir recourir à la rectification pour procéder à une planification fiscale rétroactive.

La rectification en droit civil et celle en common law dans le domaine fiscal sont manifestement fondées sur des principes analogues, à savoir que la véritable intention des parties l'emporte sur les erreurs de transcription ou de mise en œuvre de l'entente en question, sous réserve des précisions nécessaires et des droits des tiers qui se fondent à leur détriment sur l'entente. Ainsi, aucune raison de principe ne permet, quel que soit le système

because it is the government that is positioned to benefit from a mistake.

In this case, Fairmont was found by the application judge to have always had a clear, continuing intention to unwind the financing arrangement on a tax-neutral basis and never to redeem the shares. Fairmont was not attempting to change its original intention because of unanticipated tax consequences. It had anticipated the tax consequences of unwinding the arrangement with a share redemption mechanism, and it specifically rejected this course of action. But, by mistake, the preferred share redemption terms were included in the directors' resolutions. This is exactly the kind of mistake rectification exists to remedy. Once the application judge was satisfied of the true intention of the parties, he was entitled to give effect to it by allowing rectification of the directors' resolutions.

To require an exhaustive account of how the unwinding was supposed to have proceeded would amount to imposing a uniquely high threshold for rectification in the tax context and would give the Canada Revenue Agency, as the tax authorities, an unintended gain because of the mistake. There is no basis for permitting a windfall to the Canada Revenue Agency that no other third party would have been entitled to.

### Cases Cited

By Brown J.

**Overruled:** *Juliar v. Canada (Attorney General)* (1999), 46 O.R. (3d) 104, aff'd (2000), 50 O.R. (3d) 728; **considered:** *Joscelyne v. Nissen*, [1970] 2 Q.B. 86; **referred to:** *Shafroon v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678; *Mackenzie v. Coulson* (1869), L.R. 8 Eq. 368; *Ship M. F. Whalen v. Pointe Anne Quarries Ltd.* (1921), 63 S.C.R. 109; *Hart v. Boutilier* (1916), 56 D.L.R. 620; *Re Slocock's Will Trusts*, [1979] 1 All E.R. 358; *Racal Group Services Ltd. v. Ashmore* (1995), 68 T.C. 86; *Ashcroft v. Barnsdale*, [2010] EWHC 1948, [2010] S.T.C. 2544; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Harvest Operations Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2015 ABQB 327, [2015] 6 C.T.C. 78; *Crane v. Hegeman-Harris Co.*, [1939] 1 All E.R. 662; *Wasauksing First Nation v. Wasausink Lands Inc.* (2004), 184 O.A.C. 84; *Dynamex Canada Inc. v. Miller* (1998), 161 Nfld. & P.E.I.R. 97; *Frederick E. Rose (London) Ltd. v. William H. Pim Jnr. & Co.*, [1953] 2

juridique applicable, d'imposer une norme plus stricte dans le domaine fiscal du simple fait que c'est le gouvernement qui pourrait bénéficier d'une erreur.

En l'espèce, le juge saisi de la demande a conclu que Fairmont avait toujours eu l'intention claire de dénouer l'entente de financement sans incidences fiscales et n'avait jamais eu l'intention de racheter les actions. Fairmont ne tentait pas de s'écarter de son intention initiale à cause de conséquences fiscales imprévues. Elle avait prévu les conséquences fiscales d'un dénouement de l'arrangement par le rachat des actions, et elle avait explicitement rejeté cette démarche. Or, par erreur, les modalités de rachat des actions privilégiées ont été incluses dans les résolutions adoptées par les administrateurs. C'est exactement le genre d'erreur que la rectification vise à corriger. Une fois que le juge saisi de la demande a été convaincu de la véritable intention des parties, il avait le droit de lui donner effet en autorisant la rectification des résolutions des administrateurs.

Exiger une description détaillée de la manière dont le dénouement était censé se dérouler reviendrait à imposer un seuil exceptionnellement élevé à atteindre pour obtenir la rectification dans le domaine fiscal et permettrait à l'Agence du revenu du Canada, les autorités fiscales, de tirer un gain fortuit de l'erreur. Il n'y a aucune raison de permettre à l'Agence du revenu du Canada de tirer un gain fortuit auquel aucun autre tiers n'aurait eu droit.

### Jurisprudence

Citée par le juge Brown

**Arrêt renversé :** *Juliar c. Canada (Attorney General)* (1999), 46 O.R. (3d) 104, conf. par (2000), 50 O.R. (3d) 728; **arrêt examiné :** *Joscelyne c. Nissen*, [1970] 2 Q.B. 86; **arrêts mentionnés :** *Shafroon c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678; *Mackenzie c. Coulson* (1869), L.R. 8 Eq. 368; *Ship M. F. Whalen c. Pointe Anne Quarries Ltd.* (1921), 63 R.C.S. 109; *Hart c. Boutilier* (1916), 56 D.L.R. 620; *Re Slocock's Will Trusts*, [1979] 1 All E.R. 358; *Racal Group Services Ltd. c. Ashmore* (1995), 68 T.C. 86; *Ashcroft c. Barnsdale*, [2010] EWHC 1948, [2010] S.T.C. 2544; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Harvest Operations Corp. c. Canada (Attorney General)*, 2015 ABQB 327, [2015] 6 C.T.C. 78; *Crane c. Hegeman-Harris Co.*, [1939] 1 All E.R. 662; *Wasauksing First Nation c. Wasausink Lands Inc.* (2004), 184 O.A.C. 84; *Dynamex Canada Inc. c. Miller* (1998), 161 Nfld. & P.E.I.R. 97; *Frederick E. Rose (London) Ltd. c. William H. Pim Jnr. & Co.*, [1953]

Q.B. 450; *Jean Coutu Group (PJC) Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2016 SCC 55, [2016] 2 S.C.R. 670; *Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 SCC 65, [2013] 3 S.C.R. 838; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41; *Thomas Bates and Son Ltd. v. Wyndham's (Lingerie) Ltd.*, [1981] 1 W.L.R. 505.

By Abella J. (dissenting)

*H. F. Clarke Ltd. v. Thermidaire Corp.*, [1973] 2 O.R. 57, rev'd [1976] 1 S.C.R. 319; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678; *Hart v. Boutilier* (1916), 56 D.L.R. 620; *Mitchell v. MacMillan* (1980), 5 Sask. R. 160; *Reed Shaw Osler Ltd. v. Wilson* (1981), 17 Alta. L.R. (2d) 81; *Bryndon Ventures Inc. v. Bragg* (1991), 82 D.L.R. (4th) 383; *Dynamex Canada Inc. v. Miller* (1998), 161 Nfld. & P.E.I.R. 97; *Wasauksing First Nation v. Wasausink Lands Inc.* (2004), 184 O.A.C. 84; *Joscelyne v. Nissen*, [1970] 2 Q.B. 86; *Peter Pan Drive-In Ltd. v. Flambro Realty Ltd.* (1978), 22 O.R. (2d) 291, aff'd (1980), 26 O.R. (2d) 746; *Graymar Equipment (2008) Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2014 ABQB 154, 97 Alta. L.R. (5th) 288; *I.C.R.V. Holdings Ltd. v. Tri-Par Holdings Ltd.* (1994), 53 B.C.A.C. 72; *McLean v. McLean*, 2013 ONCA 788, 118 O.R. (3d) 216; *Swainland Builders Ltd. v. Freehold Properties Ltd.*, [2002] EWCA Civ 560; *Co-operative Insurance Society Ltd v. Centremoor Ltd.*, [1983] 2 E.G.L.R. 52; *Royal Bank of Canada v. El-Bris Ltd.*, 2008 ONCA 601, 92 O.R. (3d) 779; *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157; *GT Group Telecom Inc., Re* (2004), 5 C.B.R. (5th) 230; *Oriole Oil & Gas Ltd. v. American Eagle Petroleum Ltd.* (1981), 27 A.R. 411; *Prospera Credit Union, Re*, 2002 BCSC 1806, 32 B.L.R. (3d) 145; *Wise v. Axford*, [1954] O.W.N. 822; *Augdome Corp. v. Gray*, [1975] 2 S.C.R. 354; *Consortium Capital Projects Inc. v. Blind River Veneer Ltd.* (1988), 63 O.R. (2d) 761, aff'd (1990), 72 O.R. (2d) 703; *Kolias v. Owners: Condominium Plan 309 CDC*, 2008 ABCA 379, 440 A.R. 389; *Carlson, Carlson and Hettrick v. Big Bud Tractor of Canada Ltd.* (1981), 7 Sask. R. 337; *Love v. Love*, 2013 SKCA 31, [2013] 5 W.W.R. 662; *Copthorne Holdings Ltd. v. Canada*, 2011 SCC 63, [2011] 3 S.C.R. 721; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Kanji v. Canada (Attorney General)*, 2013 ONSC 781, 114 O.R. (3d) 1; *Pallen Trust, Re*, 2015 BCCA 222, 385 D.L.R. (4th) 499; *771225 Ontario Inc. v. Bramco Holdings Co.* (1995), 21 O.R. (3d) 739; *Canada (Attorney General) v. Juliar* (2000), 50 O.R. (3d) 728; *McPeake v. Canada (Attorney General)*, 2012 BCSC 132, [2012] 4 C.T.C. 203; *Slate Management Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2016 ONSC 4216;

2 Q.B. 450; *Groupe Jean Coutu (PJC) inc. c. Canada (Procureur général)*, 2016 CSC 55, [2016] 2 R.C.S. 670; *Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 CSC 65, [2013] 3 R.C.S. 838; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *Thomas Bates and Son Ltd. c. Wyndham's (Lingerie) Ltd.*, [1981] 1 W.L.R. 505.

Citée par la juge Abella (dissidente)

*H. F. Clarke Ltd. c. Thermidaire Corp.*, [1973] 2 O.R. 57, inf. par [1976] 1 R.C.S. 319; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678; *Hart c. Boutilier* (1916), 56 D.L.R. 620; *Mitchell c. MacMillan* (1980), 5 Sask. R. 160; *Reed Shaw Osler Ltd. c. Wilson* (1981), 17 Alta. L.R. (2d) 81; *Bryndon Ventures Inc. c. Bragg* (1991), 82 D.L.R. (4th) 383; *Dynamex Canada Inc. c. Miller* (1998), 161 Nfld. & P.E.I.R. 97; *Wasauksing First Nation c. Wasausink Lands Inc.* (2004), 184 O.A.C. 84; *Joscelyne c. Nissen*, [1970] 2 Q.B. 86; *Peter Pan Drive-In Ltd. c. Flambro Realty Ltd.* (1978), 22 O.R. (2d) 291, conf. par (1980), 26 O.R. (2d) 746; *Graymar Equipment (2008) Inc. c. Canada (Attorney General)*, 2014 ABQB 154, 97 Alta. L.R. (5th) 288; *I.C.R.V. Holdings Ltd. c. Tri-Par Holdings Ltd.* (1994), 53 B.C.A.C. 72; *McLean c. McLean*, 2013 ONCA 788, 118 O.R. (3d) 216; *Swainland Builders Ltd. c. Freehold Properties Ltd.*, [2002] EWCA Civ 560; *Co-operative Insurance Society Ltd c. Centremoor Ltd.*, [1983] 2 E.G.L.R. 52; *Royal Bank of Canada c. El-Bris Ltd.*, 2008 ONCA 601, 92 O.R. (3d) 779; *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157; *GT Group Telecom Inc., Re* (2004), 5 C.B.R. (5th) 230; *Oriole Oil & Gas Ltd. c. American Eagle Petroleum Ltd.* (1981), 27 A.R. 411; *Prospera Credit Union, Re*, 2002 BCSC 1806, 32 B.L.R. (3d) 145; *Wise c. Axford*, [1954] O.W.N. 822; *Augdome Corp. c. Gray*, [1975] 2 R.C.S. 354; *Consortium Capital Projects Inc. c. Blind River Veneer Ltd.* (1988), 63 O.R. (2d) 761, conf. par (1990), 72 O.R. (2d) 703; *Kolias c. Owners : Condominium Plan 309 CDC*, 2008 ABCA 379, 440 A.R. 389; *Carlson, Carlson and Hettrick c. Big Bud Tractor of Canada Ltd.* (1981), 7 Sask. R. 337; *Love c. Love*, 2013 SKCA 31, [2013] 5 W.W.R. 662; *Copthorne Holdings Ltd. c. Canada*, 2011 CSC 63, [2011] 3 R.C.S. 721; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Kanji c. Canada (Attorney General)*, 2013 ONSC 781, 114 O.R. (3d) 1; *Pallen Trust, Re*, 2015 BCCA 222, 385 D.L.R. (4th) 499; *771225 Ontario Inc. c. Bramco Holdings Co.* (1995), 21 O.R. (3d) 739; *Canada (Attorney General) c. Juliar* (2000), 50 O.R. (3d) 728; *McPeake c. Canada (Attorney General)*, 2012 BCSC 132, [2012] 4 C.T.C. 203; *Slate Management Corp. c. Canada (Attorney General)*, 2016 ONSC 4216; *Fraser*

*Fraser Valley Refrigeration, Re*, 2009 BCSC 848, [2009] 6 C.T.C. 73, aff'd 2009 BCCA 576, 280 B.C.A.C. 317; *Birch Hill Equity Partners Management Inc. v. Rogers Communications Inc.*, 2015 ONSC 7189, 128 O.R. (3d) 1; *Binder v. Saffron Rouge Inc.* (2008), 89 O.R. (3d) 54; *Re: Aboriginal Diamonds Group*, 2007 NWTSC 37; *Zhang v. Canada (Attorney General)*, 2015 BCSC 1256, 2015 DTC 5084; *Husky Oil Operations Ltd. v. Saskatchewan (Minister of Finance)*, 2014 SKQB 116, 443 Sask. R. 172; *JAFT Corp. v. Jones*, 2014 MBQB 59, 304 Man. R. (2d) 86, aff'd 2015 MBCA 77, 323 Man. R. (2d) 57; *Capstone Power Corp. v. 1177719 Alberta Ltd.*, 2016 BCSC 1274; *Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 SCC 65, [2013] 3 S.C.R. 838.

### Statutes and Regulations Cited

*Civil Code of Québec*, art. 1425.  
*Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 245.

### Authors Cited

Berryman, Jeffrey. *The Law of Equitable Remedies*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2013.

Brooks, Neil, and Kim Brooks. "The Supreme Court's 2013 Tax Cases: Side-Stepping the Interesting, Important and Difficult Issues" (2015), 68 *S.C.L.R.* (2d) 335.

Brown, Catherine, and Arthur J. Cockfield. "Rectification of Tax Mistakes Versus Retroactive Tax Laws: Reconciling Competing Visions of the Rule of Law" (2013), 61 *Can. Tax J.* 563.

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 6th ed. Toronto: Carswell, 2011.

Goff, Lord, of Chieveley and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 7th ed., by Gareth Jones, ed. London: Sweet & Maxwell, 2007.

Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed. Toronto: LexisNexis, 2016.

*Hanbury and Martin Modern Equity*, 20th ed., by Jamie Glister and James Lee. London: Sweet & Maxwell, 2015.

Hartford, Patrick. "Clarifying the Doctrine of Rectification in Canada: A Comment on *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*" (2013), 54 *Can. Bus. L.J.* 87.

Hodge, David. *Rectification: The Modern Law and Practice Governing Claims for Rectification for Mistake*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 2016.

Janke-Curliss, Karen, et al. "Rectification in Tax Law: An Overview of Current Cases", in *Tax Dispute Resolution, Compliance, and Administration in Canada:*

*Valley Refrigeration, Re*, 2009 BCSC 848, [2009] 6 C.T.C. 73, conf. par 2009 BCCA 576, 280 B.C.A.C. 317; *Birch Hill Equity Partners Management Inc. c. Rogers Communications Inc.*, 2015 ONSC 7189, 128 O.R. (3d) 1; *Binder c. Saffron Rouge Inc.* (2008), 89 O.R. (3d) 54; *Re : Aboriginal Diamonds Group*, 2007 NWTSC 37; *Zhang c. Canada (Attorney General)*, 2015 BCSC 1256, 2015 DTC 5084; *Husky Oil Operations Ltd. c. Saskatchewan (Minister of Finance)*, 2014 SKQB 116, 443 Sask. R. 172; *JAFT Corp. c. Jones*, 2014 MBQB 59, 304 Man. R. (2d) 86, conf. par 2015 MBCA 77, 323 Man. R. (2d) 57; *Capstone Power Corp. c. 1177719 Alberta Ltd.*, 2016 BCSC 1274; *Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 CSC 65, [2013] 3 R.C.S. 838.

### Lois et règlements cités

*Code civil du Québec*, art. 1425.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 245.

### Doctrine et autres documents cités

Berryman, Jeffrey. *The Law of Equitable Remedies*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2013.

Brooks, Neil, and Kim Brooks. « The Supreme Court's 2013 Tax Cases : Side-Stepping the Interesting, Important and Difficult Issues » (2015), 68 *S.C.L.R.* (2d) 335.

Brown, Catherine, and Arthur J. Cockfield. « Rectification of Tax Mistakes Versus Retroactive Tax Laws : Reconciling Competing Visions of the Rule of Law » (2013), 61 *Rev. fisc. can.* 563.

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 6th ed., Toronto, Carswell, 2011.

Goff, Lord, of Chieveley and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 7th ed., by Gareth Jones, ed., London, Sweet & Maxwell, 2007.

Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed., Toronto, LexisNexis, 2016.

*Hanbury and Martin Modern Equity*, 20th ed., by Jamie Glister and James Lee, London, Sweet & Maxwell, 2015.

Hartford, Patrick. « Clarifying the Doctrine of Rectification in Canada : A Comment on *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.* » (2013), 54 *Rev. can. dr. comm.* 87.

Hodge, David. *Rectification : The Modern Law and Practice Governing Claims for Rectification for Mistake*, 2nd ed., London, Sweet & Maxwell, 2016.

Janke-Curliss, Karen, et al. « Rectification in Tax Law : An Overview of Current Cases », in *Tax Dispute Resolution, Compliance, and Administration in*

*Proceedings of the June 2012 Conference*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 2013, 21:1.

McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.

McInnes, Mitchell. *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Nitikman, Joel. “Many Questions (and a Few Possible Answers) About the Application of Rectification in Tax Law” (2005), 53 *Can. Tax J.* 941.

Peel, Edwin. *The Law of Contract*, 14th ed. London: Sweet & Maxwell, 2015.

Smith, Lionel. “Can I Change My Mind? Undoing Trustee Decisions” (2008), 27 *E.T.P.J.* 284.

*Snell’s Equity*, 31st ed., by John McGhee, ed. London: Sweet & Maxwell, 2005.

*Snell’s Equity*, 33rd ed., by John McGhee. London: Sweet & Maxwell, 2015.

Spry, I. C. F. *The Principles of Equitable Remedies: Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages*, 9th ed. Pymont, N.S.W.: Lawbook Co., 2014.

Swan, Angela, and Jakub Adamski. *Canadian Contract Law*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 6th ed. Toronto: Canada Law Book, 2010.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Simmons, Cronk and Blair JJ.A.), 2015 ONCA 441, 45 B.L.R. (5th) 230, 2015 DTC 5073, [2015] O.J. No. 3172 (QL), 2015 CarswellOnt 8955 (WL Can.), affirming a decision of Newbould J., 2014 ONSC 7302, 123 O.R. (3d) 241, [2015] 3 C.T.C. 9, 2015 DTC 5019, 36 B.L.R. (5th) 215, [2014] O.J. No. 6086 (QL), 2014 CarswellOnt 17975 (WL Can.). Appeal allowed, Abella and Côté JJ. dissenting.

*Daniel Bourgeois* and *Eric Noble*, for the appellant.

*Geoff R. Hall* and *Chia-yi Chua*, for the respondents.

*Canada : Proceedings of the June 2012 Conference*, Toronto, Canadian Tax Foundation, 2013, 21:1.

McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2012.

McInnes, Mitchell. *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Nitikman, Joel. « Many Questions (and a Few Possible Answers) About the Application of Rectification in Tax Law » (2005), 53 *Rev. fisc. can.* 941.

Peel, Edwin. *The Law of Contract*, 14th ed., London, Sweet & Maxwell, 2015.

Smith, Lionel. « Can I Change My Mind? Undoing Trustee Decisions » (2008), 27 *E.T.P.J.* 284.

*Snell’s Equity*, 31st ed., by John McGhee, ed., London, Sweet & Maxwell, 2005.

*Snell’s Equity*, 33rd ed., by John McGhee, London, Sweet & Maxwell, 2015.

Spry, I. C. F. *The Principles of Equitable Remedies : Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages*, 9th ed., Pymont (N.S.W.), Lawbook Co., 2014.

Swan, Angela, and Jakub Adamski. *Canadian Contract Law*, 3rd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2012.

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 6th ed., Toronto, Canada Law Book, 2010.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Simmons, Cronk et Blair), 2015 ONCA 441, 45 B.L.R. (5th) 230, 2015 DTC 5073, [2015] O.J. No. 3172 (QL), 2015 CarswellOnt 8955 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Newbould, 2014 ONSC 7302, 123 O.R. (3d) 241, [2015] 3 C.T.C. 9, 2015 DTC 5019, 36 B.L.R. (5th) 215, [2014] O.J. No. 6086 (QL), 2014 CarswellOnt 17975 (WL Can.). Pourvoi accueilli, les juges Abella et Côté sont dissidentes.

*Daniel Bourgeois* et *Eric Noble*, pour l’appelant.

*Geoff R. Hall* et *Chia-yi Chua*, pour les intimées.

The judgment of McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown J.J. was delivered by

BROWN J. —

## I. Introduction

[1] This appeal concerns the conditions under which a taxpayer may ask a court to exercise its equitable jurisdiction to rectify a written legal instrument, where the effect of that instrument was to produce an unexpected tax consequence. As I will explain, this entails inquiring into the nature and particularity of the terms which the taxpayer had intended to record in the instrument, whether the instrument contains those intended terms and, if not, whether those intended terms are sufficiently precise such that they may now be included in the instrument.

[2] The present case arises from a financing arrangement which the parties had intended, both at its inception and ongoing, to operate on a tax-neutral basis. Because of the particular financing mechanism chosen, an unanticipated tax liability was incurred. Both the chambers judge at the Ontario Superior Court of Justice and the Court of Appeal for Ontario granted rectification on the grounds of the parties' intended tax neutrality.

[3] Without disputing that tax neutrality was the parties' intention, for the reasons that follow it is my respectful view that both courts below erred in holding that this intention could support a grant of rectification. Rectification is limited to cases where the agreement between the parties was not correctly recorded in the instrument that became the final expression of their agreement: A. Swan and J. Adamski, *Canadian Contract Law* (3rd ed. 2012), at §8.229; M. McInnes, *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution* (2014), at p. 817. It does not undo unanticipated effects of that agreement. While, therefore, a court may rectify an instrument which inaccurately records a party's agreement respecting what was to be done, it may not change the agreement in order to salvage

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown rendu par

LE JUGE BROWN —

## I. Introduction

[1] Ce pourvoi porte sur les conditions régissant les situations où un contribuable peut demander au tribunal d'exercer sa compétence en equity pour rectifier un instrument juridique écrit, lorsque cet instrument a eu pour effet d'entraîner une conséquence fiscale imprévue. Comme je l'expliquerai, cela implique que l'on examine la nature et les particularités des modalités que le contribuable avait l'intention de consigner dans l'instrument, si l'instrument renferme ces modalités et, dans la négative, si ces modalités sont suffisamment précises pour qu'elles puissent maintenant être incluses dans l'instrument.

[2] Ce pourvoi découle d'une entente de financement que les parties entendaient, dès sa naissance et après, exécuter en assurant la neutralité fiscale. Le mécanisme de financement choisi a fait naître une obligation fiscale imprévue. Tant le juge siégeant en cabinet de la Cour supérieure de justice de l'Ontario que la Cour d'appel de l'Ontario ont accordé la rectification demandée au motif que les parties recherchaient la neutralité fiscale.

[3] Sans contester que la neutralité fiscale fût l'intention des parties, pour les motifs qui suivent, et soit dit en tout respect, je suis d'avis que les deux juridictions inférieures ont commis une erreur en concluant que cette intention pouvait justifier l'octroi d'une rectification. Il n'y a rectification que dans les cas où l'entente entre les parties n'a pas été correctement consignée dans l'instrument qui est devenu l'expression finale de leur entente : A. Swan et J. Adamski, *Canadian Contract Law* (3<sup>e</sup> éd. 2012), §8.229; M. McInnes, *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution* (2014), p. 817. Elle n'annule pas les effets imprévus de cette entente. Par conséquent, bien que le tribunal puisse rectifier un instrument qui consigne incorrectement l'entente conclue par une partie au sujet de ce qui

what a party hoped to achieve. Moreover, these rules confining the availability of rectification are generally applicable, including where (as here) the unanticipated effect takes the form of a tax liability. To be clear, a court may not modify an instrument merely because a party has discovered that its operation generates an adverse and unplanned tax liability. I would therefore allow the appeal.

## II. Overview of Facts and Proceedings

### A. *Background*

[4] The respondent Fairmont Hotels Inc. and its subsidiaries FHIW Hotel Investments (Canada) Inc. and FHIS Hotel Investments (Canada) Inc. ask the Court to rectify instruments recording a complex financing arrangement made in 2002 and 2003 between Fairmont and Legacy Hotels REIT, a Canadian real estate investment trust in which Fairmont owned a minority interest. While Fairmont's aim in participating in this financing arrangement was to obtain the management contract for the two hotels which Legacy purchased with the financing, its participation exposed it to a potential foreign exchange tax liability, since the financing was in U.S. currency. With the goal of ensuring foreign exchange tax neutrality, Fairmont — through its subsidiaries FHIW and FHIS — entered into reciprocal loan agreements with Legacy, all of which were transacted in U.S. currency.

[5] When Fairmont was acquired by Kingdom Hotels International and Colony Capital LLC in 2006, however, that goal of foreign exchange tax neutrality was frustrated, since this acquisition would cause Fairmont and its subsidiaries to realize a deemed foreign exchange loss, without corresponding foreign exchange gains, on the financing arrangement with Legacy. Fairmont, Kingdom Hotels and Colony Capital agreed on a “modified plan” which allowed Fairmont (but not its subsidiaries) to realize both its gains and losses in 2006, thereby fully hedging it

devait être fait, il ne peut le faire pour épargner ce qu'une partie espérait obtenir. De plus, ces règles limitant la possibilité d'obtenir une rectification sont d'application générale, notamment dans les cas où (comme en l'espèce) l'effet imprévu prend la forme d'une obligation fiscale. Plus précisément, le tribunal ne peut modifier un instrument simplement parce qu'une partie a découvert que son exécution fait naître une obligation fiscale préjudiciable et imprévue. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

## II. Aperçu des faits et de la procédure

### A. *Contexte*

[4] L'intimée Hôtels Fairmont Inc. et ses filiales FHIW Hotel Investments (Canada) Inc. et FHIS Hotel Investments (Canada) Inc. prient la Cour de rectifier des instruments consignants une entente de financement complexe conclue en 2002 et en 2003 entre Fairmont et Legacy Hotels REIT, une fiducie canadienne d'investissement immobilier dans laquelle Fairmont détenait une participation minoritaire. Bien que le but de Fairmont en participant à cette entente de financement fût d'obtenir le contrat de gestion des deux hôtels que Legacy a acquis avec les fonds prêtés, sa participation l'a exposée à une obligation fiscale potentielle sur les opérations de change, puisque le financement était en dollars américains. Dans le but d'assurer la neutralité fiscale des opérations de change, Fairmont — par l'intermédiaire de ses filiales FHIW et FHIS — a conclu des contrats de prêts réciproques avec Legacy qui ont tous été négociés en dollars américains.

[5] Lorsque Fairmont a été acquise par Kingdom Hotels International et Colony Capital LLC en 2006, toutefois, cet objectif de neutralité fiscale des opérations de change a été contrecarré, puisque cette acquisition aurait fait subir à Fairmont et à ses filiales une perte sur change présumée, sans gains sur change correspondants, par suite de l'entente de financement conclue avec Legacy. Fairmont, Kingdom Hotels et Colony Capital ont convenu d'un [TRADUCTION] « plan modifié » qui permettait à Fairmont, mais non à ses filiales, de réaliser ses gains et ses pertes en

against exposure to prospective foreign exchange tax liability. The matter of similarly protecting the subsidiaries from exposure was deferred, without any specific plan as to how that might be achieved.

[6] In 2007, Legacy asked Fairmont to terminate the reciprocal loan arrangements “on an urgent basis” so as to allow for the sale of the hotels. Four days later, and on the incorrect assumption that the matter of the subsidiaries’ foreign exchange tax neutrality had been secured, Fairmont complied with Legacy’s request by redeeming its shares in its subsidiaries via resolutions passed by the directors of FHIW and FHIS. This resulted in an unanticipated tax liability, discovered only after the Canada Revenue Agency (“CRA”) audited the 2007 tax returns of FHIW and FHIS and questioned Fairmont on those returns.

[7] The respondents now seek to avoid that liability to Fairmont by asking the Court to rectify the 2007 resolutions passed by the directors of FHIW and FHIS. Specifically, they wish to convert Fairmont’s share redemption into a loan whereby FHIW and FHIS will loan to Fairmont the same amount that they paid to Fairmont for the share redemption.

#### B. *Judicial History*

- (1) Superior Court of Justice — Newbould J. (2014 ONSC 7302, 123 O.R. (3d) 241)

[8] Relying on the decision of the Ontario Court of Appeal in *Juliar v. Canada (Attorney General)* (1999), 46 O.R. (3d) 104 (S.C.J.), aff’d (2000), 50 O.R. (3d) 728 (C.A.), the chambers judge allowed the application for rectification. He found that, since 2002, Fairmont had intended that its financing arrangement with Legacy be tax-neutral in effect, and that this intention subsisted after Fairmont’s 2006 acquisition by Kingdom Hotels and Colony Capital (para. 32).

2006, la protégeant ainsi totalement du risque d’être tenue à une obligation fiscale prospective sur les opérations de change. L’idée de protéger de la même façon les filiales a été reportée à plus tard, sans plan précis quant à savoir comment elle pourrait être menée à bien.

[6] En 2007, Legacy a demandé à Fairmont de résilier [TRADUCTION] « de toute urgence » les contrats de prêts réciproques de façon à permettre la vente des hôtels. Quatre jours plus tard, et supposant à tort que la question de la neutralité fiscale des opérations de change des filiales avait été réglée, Fairmont a accédé à la demande de Legacy en rachetant les actions qu’elle détenait dans ses filiales au moyen de résolutions adoptées par les administrateurs de FHIW et de FHIS. Cette opération a fait naître une obligation fiscale imprévue, découverte seulement après que l’Agence du revenu du Canada (« ARC ») eut vérifié les déclarations de revenus de 2007 de FHIW et de FHIS et ait questionné Fairmont au sujet de ces déclarations.

[7] Les intimées veulent maintenant soustraire Fairmont à cette obligation en priant la Cour de rectifier les résolutions adoptées en 2007 par les administrateurs de FHIW et de FHIS. Plus précisément, elles désirent convertir le rachat des actions par Fairmont en un prêt au moyen duquel FHIW et FHIS prêteront à Fairmont la même somme qu’elles lui ont versée pour le rachat des actions.

#### B. *Historique judiciaire*

- (1) Cour supérieure de justice — Le juge Newbould (2014 ONSC 7302, 123 O.R. (3d) 241)

[8] S’appuyant sur l’arrêt *Juliar c. Canada (Attorney General)* (1999), 46 O.R. (3d) 104 (C.S.J.), conf. par (2000), 50 O.R. (3d) 728 (C.A.), de la Cour d’appel de l’Ontario, le juge siégeant en cabinet a accueilli la demande de rectification. Il a conclu que, depuis 2002, Fairmont souhaitait que son entente de financement avec Legacy atteigne la neutralité fiscale et que cette intention a subsisté après l’acquisition de Fairmont en 2006 par Kingdom Hotels et Colony Capital (par. 32).

[9] The chambers judge also found that, in light of the foreign exchange tax exposure presented to Fairmont’s subsidiaries by that acquisition, Fairmont intended “at some point in the future” to address “the unhedged position of [FHIW] and [FHIS] in a way that would be tax . . . neutral although they had no specific plan as to how they would do that” (para. 33). Observing (at para. 42) that the tax liability arose as a result of inadvertence by a member of Fairmont’s senior management team, he said that this was not “a case in which tax planning has been done on a retroactive basis after a CRA audit”, but rather a case in which a “redemption of the preference shares was mistakenly chosen as the means” to “unwind the loans on a tax-free basis” (para. 43). “[D]enial of the application to rectify would”, he concluded, “result in a tax burden which Fairmont sought to avoid from the inception of the 2002 reciprocal loan arrangement” while “giv[ing] CRA an unintended gain” (para. 44). And, in any event, he noted that *Juliar* was binding on him in the circumstances (para. 41).

(2) Court of Appeal — Simmons, Cronk and Blair J.J.A. (2015 ONCA 441, 45 B.L.R. (5th) 230)

[10] In brief reasons for judgment, the Court of Appeal affirmed the chambers judge’s decision, taking note of his findings regarding Fairmont’s continuing intention from 2002 that its financing arrangement with Legacy would be carried out on a tax neutral basis; that this intention subsisted after Fairmont’s acquisition in 2006; that the adverse tax consequence was triggered by a mistake in 2007 on the part of a member of Fairmont’s senior management; and that the purpose of the 2007 resolutions was not to redeem the shares, but rather “to unwind [the Legacy transactions] on a tax free basis” (para. 7).

[11] The Court of Appeal also commented on the evidentiary burden resting on the party seeking rectification. *Juliar*, it said, “does not require that the

[9] Le juge siégeant en cabinet a également conclu que, comme les filiales de Fairmont s’exposaient à un risque fiscal sur les opérations de change en raison de cette acquisition, Fairmont voulait régler [TRADUCTION] « ultérieurement » le problème de « la position non couverte de [FHIW] et de [FHIS] afin de préserver la neutralité fiscale [. . .], tout en n’ayant aucune idée précise de la façon dont elle s’y prendrait » (par. 33). Faisant observer (par. 42) que l’obligation fiscale a pris naissance à cause de l’inattention d’un membre de la haute direction de Fairmont, le juge siégeant en cabinet a affirmé qu’il ne s’agissait pas d’« un cas où la planification fiscale a été faite rétroactivement après une vérification de l’ARC », mais plutôt d’un cas où le « rachat des actions privilégiées a été choisi par erreur comme moyen » d’« annuler les prêts de façon neutre sur le plan fiscal » (par. 43). Il a conclu que [TRADUCTION] « le rejet de la demande de rectification entraînerait un fardeau fiscal que Fairmont a cherché à éviter depuis la naissance du contrat de prêts réciproques de 2002 » tout en « donn[ant] à l’ARC un gain non intentionnel » (par. 44). Et, quoi qu’il en soit, il a souligné qu’il était lié par l’arrêt *Juliar* dans les circonstances (par. 41).

(2) Cour d’appel — Les juges Simmons, Cronk et Blair (2015 ONCA 441, 45 B.L.R. (5th) 230)

[10] Dans de brefs motifs de jugement, la Cour d’appel a confirmé la décision du juge siégeant en cabinet et a pris note de ses conclusions concernant le fait que l’intention constante de Fairmont, dès 2002, était que son entente de financement avec Legacy soit exécutée de façon neutre sur le plan fiscal, que cette intention a subsisté après l’acquisition de Fairmont en 2006, que la conséquence fiscale négative résulte d’une erreur commise en 2007 par un membre de la haute direction de Fairmont et que l’objectif des résolutions de 2007 n’était pas de racheter les actions, mais plutôt [TRADUCTION] « d’annuler [les opérations de Legacy] de façon neutre sur le plan fiscal » (par. 7).

[11] La Cour d’appel a également formulé des commentaires sur le fardeau de la preuve qui incombe à la partie sollicitant la rectification. Selon

party seeking rectification must have determined the precise mechanics or means by which [its] settled intention to achieve a specific tax outcome would be realized” (para. 10). Rather, “*Juliar* holds, in effect, that the critical requirement for rectification is proof of a continuing specific intention to undertake a transaction or transactions on a particular tax basis” (para. 10). In this case, then, it was in the court’s view unnecessary for Fairmont to prove that it had resolved to use “a specific transactional device — loans — to achieve the intended tax result” (para. 12). Rather, the chambers judge’s findings regarding Fairmont’s intention, coupled with *Juliar*’s direction regarding the prerequisite intention to obtain rectification, were dispositive of the application in the respondents’ favour.

### III. Analysis

#### A. *General Principles and Operation of Rectification*

[12] If by mistake a legal instrument does not accord with the true agreement it was intended to record — because a term has been omitted, an unwanted term included, or a term incorrectly expresses the parties’ agreement — a court may exercise its equitable jurisdiction to rectify the instrument so as to make it accord with the parties’ true agreement. Alternatively put, rectification allows a court to achieve correspondence between the parties’ agreement and the substance of a legal instrument intended to record that agreement, when there is a discrepancy between the two. Its purpose is to give effect to the parties’ true intentions, rather than to an erroneous transcription of those true intentions (Swan and Adamski, at §8.229).

[13] Because rectification allows courts to rewrite what the parties had originally intended to be the final expression of their agreement, it is “a potent remedy” (*Snell’s Equity* (33rd ed. 2015), by J. McGhee, at pp. 417-18). It must, as this Court has repeatedly stated (*Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western)*

elle, l’arrêt *Juliar* [TRADUCTION] « n’exige pas que la partie sollicitant la rectification ait déterminé les mécanismes ou les moyens précis par lesquels [son] intention ferme d’obtenir un résultat fiscal précis serait réalisée » (par. 10). En fait, « l’arrêt *Juliar* indique que la condition essentielle de la rectification est la preuve d’une intention constante et précise d’effectuer une ou des opérations sur un fondement fiscal particulier » (par. 10). En l’espèce, la Cour d’appel était donc d’avis qu’il était inutile pour Fairmont de prouver qu’elle était déterminée à se servir d’« un mécanisme opérationnel précis — des prêts — pour atteindre le résultat fiscal voulu » (par. 12). En fait, les conclusions du juge siégeant en cabinet au sujet de l’intention de Fairmont, jumelées à la directive de l’arrêt *Juliar* concernant l’intention préalable pour obtenir une rectification, lui permettaient de trancher la demande en faveur des intimées.

### III. Analyse

#### A. *Principes généraux et application de la rectification*

[12] Si, par erreur, un instrument juridique ne correspond pas à la véritable entente qu’il était censé consigner — parce qu’une modalité a été omise, qu’une modalité non voulue a été incluse ou qu’une modalité exprime incorrectement l’entente des parties — le tribunal peut exercer sa compétence en equity pour rectifier l’instrument de façon à ce qu’il corresponde à la véritable entente entre les parties. Autrement dit, la rectification permet au tribunal d’assurer la correspondance entre l’entente des parties et le contenu d’un instrument juridique visant à consigner cette entente lorsqu’il y a une divergence entre les deux. Elle a pour but de donner effet aux véritables intentions des parties, plutôt qu’à une transcription erronée de ces véritables intentions (Swan et Adamski, §8.229).

[13] Comme la rectification permet aux tribunaux de réécrire ce que les parties voulaient initialement que soit l’expression finale de leur entente, elle constitue [TRADUCTION] « une réparation puissante » (*Snell’s Equity* (33<sup>e</sup> éd. 2015), par J. McGhee, p. 417-418). Comme la Cour l’a maintes fois affirmé

*Inc.*, 2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157, at para. 56, citing *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678, at para. 31), be used “with great caution”, since a “relaxed approach to rectification as a substitute for due diligence at the time a document is signed would undermine the confidence of the commercial world in written contracts”: *Performance Industries*, at para. 31. It bears reiterating that rectification is limited solely to cases where a written instrument has incorrectly recorded the parties’ antecedent agreement (Swan and Adamski, at §8.229). It is not concerned with mistakes merely in the making of that antecedent agreement: E. Peel, *The Law of Contract* (14th ed. 2015), at para. 8-059; *Mackenzie v. Coulson* (1869), L.R. 8 Eq. 368, at p. 375 (“Courts of Equity do not rectify contracts; they may and do rectify instruments”). In short, rectification is unavailable where the basis for seeking it is that one or both of the parties wish to amend *not the instrument* recording their agreement, but *the agreement itself*. More to the point of this appeal, and as this Court said in *Performance Industries* (at para. 31), “[t]he court’s task in a rectification case is . . . to restore the parties to their original bargain, not to rectify a belatedly recognized error of judgment by one party or the other”.

[14] Beyond these general guides, the nature of the mistake must be accounted for: Swan and Adamski, at §8.233. Two types of error may support a grant of rectification. The first arises when both parties subscribe to an instrument under a *common* mistake that it accurately records the terms of their antecedent agreement. In such a case, an order for rectification is predicated upon the applicant showing that the parties had reached a prior agreement whose terms are definite and ascertainable; that the agreement was still effective when the instrument was executed; that the instrument fails to record accurately that prior agreement; and that, if rectified as proposed, the instrument would carry out the agreement: *Ship M. F. Whalen v. Pointe Anne Quarries Ltd.* (1921), 63

(*Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157, par. 56, citant *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678, par. 31), elle doit être utilisée « avec grande prudence », puisque « [t]out assouplissement de l’application de la rectification qui en ferait un substitut à l’exercice de diligence raisonnable lors de la signature d’un document aurait pour effet d’ébranler la confiance du monde des affaires à l’égard des contrats écrits » : *Performance Industries*, par. 31. Il convient de réitérer que la rectification se fait uniquement dans les cas où un instrument écrit a consigné incorrectement l’entente antérieure entre les parties (Swan et Adamski, §8.229). La rectification ne vise pas les erreurs commises simplement lors de la formation de cette entente antérieure : E. Peel, *The Law of Contract* (14<sup>e</sup> éd. 2015), par. 8-059; *Mackenzie c. Coulson* (1869), L.R. 8 Eq. 368, p. 375 ([TRADUCTION] « Les tribunaux d’equity ne rectifient pas les contrats; ils peuvent rectifier et rectifient les instruments »). Bref, la rectification ne peut être accordée lorsqu’elle est fondée sur le désir de l’une des parties ou des deux de modifier *non pas l’instrument* consignnant leur entente, mais *l’entente elle-même*. Plus important encore pour le présent pourvoi, et comme la Cour l’a dit dans l’arrêt *Performance Industries* (par. 31), « [l]a tâche des tribunaux dans une affaire de rectification [. . .] consiste à reconstituer le marché original conclu par les parties, et non à rectifier une erreur de jugement qu’une partie aurait reconnue tardivement ».

[14] Hormis ces lignes directrices générales, la nature de l’erreur doit être prise en compte : Swan et Adamski, §8.233. Deux sortes d’erreur peuvent donner ouverture à une rectification. La première survient lorsque les deux parties souscrivent à un instrument sur la foi d’une erreur *commune* selon laquelle il consigne correctement les modalités de l’entente antérieure. En pareilles circonstances, une ordonnance de rectification sera rendue si le demandeur démontre que les parties étaient parvenues à une entente antérieure dont les modalités sont déterminées et déterminables, que l’entente était toujours en vigueur lors de la signature de l’instrument, que l’instrument ne consigne pas correctement l’entente antérieure et que s’il est rectifié tel

S.C.R. 109, at p. 126; *McInnes*, at p. 820; *Snell's Equity*, at p. 424; *Hanbury and Martin Modern Equity* (20th ed. 2015), by J. Glister and J. Lee, at pp. 848-49; *Hart v. Boutilier* (1916), 56 D.L.R. 620 (S.C.C.), at p. 622.

[15] In *Performance Industries* (at para. 31) and again in *Shafron* (at para. 53), this Court affirmed that rectification is also available where the claimed mistake is *unilateral* — either because the instrument formalizes a unilateral act (such as the creation of a trust), or where (as in *Performance Industries* and *Shafron*) the instrument was intended to record an agreement between parties, but one party says that the instrument does not accurately do so, while the other party says it does. In *Performance Industries* (at para. 31), “certain demanding preconditions” were added to rectify a putative unilateral mistake: specifically, that the party resisting rectification knew or ought to have known about the mistake; and that permitting that party to take advantage of the mistake would amount to “fraud or the equivalent of fraud” (para. 38).

#### B. *Juliar*

[16] As I have recounted, both courts below considered the Court of Appeal’s decision in *Juliar*, coupled with the chambers judge’s findings, to be dispositive. In my respectful view, however, *Juliar* is irreconcilable with this Court’s jurisprudence and with the narrowly confined circumstances to which this Court has restricted the availability of rectification.

[17] In *Juliar*, the parties had, by a written agreement and in the course of the restructuring of a family business, transferred shares to a corporation in exchange for promissory notes for an amount equal to what the parties believed to be the value of the shares. Upon discovering that the promissory notes were worth more than the shares’ value (resulting in the taxpaying party being assessed as having received a taxable deemed dividend),

que proposé, l’instrument exécuterait l’entente : *Ship M. F. Whalen c. Pointe Anne Quarries Ltd.* (1921), 63 R.C.S. 109, p. 126; *McInnes*, p. 820; *Snell's Equity*, p. 424; *Hanbury and Martin Modern Equity* (20<sup>e</sup> éd. 2015), par J. Glister et J. Lee, p. 848-849; *Hart c. Boutilier* (1916), 56 D.L.R. 620 (C.S.C.), p. 622.

[15] Dans l’arrêt *Performance Industries* (par. 31) et de nouveau dans *Shafron* (par. 53), la Cour a confirmé qu’il peut également y avoir rectification lorsque l’erreur invoquée est *unilatérale* — soit parce que l’instrument officialise un acte unilatéral (comme la création d’une fiducie), soit parce que (comme dans *Performance Industries* et *Shafron*) l’instrument vise à consigner l’entente intervenue entre les parties, mais que l’une d’entre elles dit que l’instrument ne le fait pas correctement, alors que l’autre affirme le contraire. Dans *Performance Industries* (par. 31), la rectification de l’erreur unilatérale putative a été assujettie à « certains préalables rigoureux » : plus précisément, que la partie qui s’oppose à la rectification connaissait ou aurait dû connaître l’existence de l’erreur et que le fait de permettre à cette partie de tirer profit de l’erreur constituerait « une fraude ou l’équivalent d’une fraude » (par. 38).

#### B. *L’arrêt Juliar*

[16] Comme je l’ai déjà dit, les deux juridictions inférieures ont estimé que l’arrêt *Juliar* de la Cour d’appel, jumelé aux conclusions du juge siégeant en cabinet, permettaient de trancher le pourvoi. À mon humble avis, toutefois, l’arrêt *Juliar* est incompatible avec la jurisprudence de la Cour et les circonstances très restreintes auxquelles la Cour a limité le recours en rectification.

[17] Dans l’affaire *Juliar*, les parties avaient, au moyen d’une entente écrite et dans le cadre de la restructuration d’une entreprise familiale, transféré leurs actions à une autre entreprise en échange de billets à ordre d’un montant égal à la valeur des actions estimée par les parties. Après avoir découvert que la valeur des billets à ordre était supérieure à celle des actions (de sorte que la partie assujettie à l’impôt a fait l’objet d’une cotisation comme si

the parties sought rectification in order to convert what had originally been structured as a shares-for-promissory notes transfer into a shares-for-shares transfer (which would have been tax-deferred). For the Court of Appeal, and citing the decision of *Re Sloccock's Will Trusts*, [1979] 1 All E.R. 358 (Ch. D.), Austin J.A. held that the written agreement could be rectified as sought, citing the trial judge's finding that the parties had "a common . . . continuing intention" to transfer shares in a way that would avoid immediate tax liability (para. 19). In order to achieve that objective, Austin J.A. said, the deal "had to be . . . a shares for shares transaction" (para. 25).

[18] This reasoning presents several difficulties. First, as many commentators have observed, it is indisputable that *Juliar* has relaxed the requirements for obtaining rectification, and correspondingly expanded the scope of cases in which rectification may be sought and granted beyond that which the governing principles allow (C. Brown and A. J. Cockfield, "Rectification of Tax Mistakes Versus Retroactive Tax Laws: Reconciling Competing Visions of the Rule of Law" (2013), 61 *Can. Tax J.* 563, at p. 571; N. Brooks and K. Brooks, "The Supreme Court's 2013 Tax Cases: Side-Stepping the Interesting, Important and Difficult Issues" (2015), 68 *S.C.L.R.* (2d) 335, at p. 385; K. Janke-Curliss et al., "Rectification in Tax Law: An Overview of Current Cases", in *Tax Dispute Resolution, Compliance, and Administration in Canada* (2013), 21:1, at pp. 21:8 and 21:9).

[19] I agree with this observation. As I have stressed, rectification is available not to cure a party's error in judgment in entering into a particular agreement, but an error in the recording of that agreement in a legal instrument. Alternatively put, rectification aligns the instrument with what the parties agreed to do, and not what, with the benefit of hindsight, they should have agreed to do. The parties' mistake in *Juliar*, however, was not in the recording of their intended agreement to transfer shares for a promissory note, but in selecting that mechanism instead of

elle avait reçu un dividende réputé imposable), les parties ont sollicité une rectification afin de convertir ce qui avait été initialement structuré comme un transfert d'actions en contrepartie de billets à ordre en un échange d'actions (dont l'imposition aurait été reportée). S'exprimant pour la Cour d'appel, et citant l'arrêt *Re Sloccock's Will Trusts*, [1979] 1 All E.R. 358 (Div. chanc.), le juge Austin a conclu que l'entente écrite pouvait être rectifiée telle qu'on l'avait demandé et a cité la conclusion du juge de première instance selon laquelle les parties avaient [TRADUCTION] « une intention commune constante » de transférer les actions de façon à éviter toute obligation fiscale immédiate (par. 19). Le juge Austin a affirmé que pour atteindre cet objectif, il fallait « procéder à un échange d'actions » (par. 25).

[18] Ce raisonnement présente plusieurs difficultés. Premièrement, comme bon nombre de commentateurs l'ont fait remarquer, il est indéniable que l'arrêt *Juliar* a assoupli les exigences à respecter pour obtenir une rectification, et qu'il a élargi en conséquence la portée des cas où la rectification peut être sollicitée et accordée au-delà de celle permise par les principes applicables (C. Brown et A. J. Cockfield, « Rectification of Tax Mistakes Versus Retroactive Tax Laws : Reconciling Competing Visions of the Rule of Law » (2013), 61 *Rev. fisc. can.* 563, p. 571; N. Brooks et K. Brooks, « The Supreme Court's 2013 Tax Cases : Side-Stepping the Interesting, Important and Difficult Issues » (2015), 68 *S.C.L.R.* (2d) 335, p. 385; K. Janke-Curliss et autres, « Rectification in Tax Law : An Overview of Current Cases », dans *Tax Dispute Resolution, Compliance, and Administration in Canada* (2013), 21:1, p. 21:8 et 21:9).

[19] Je souscris à cette observation. Comme je l'ai souligné, il est possible de recourir à la rectification pour corriger non pas une erreur de jugement commise par une partie dans la conclusion d'une entente en particulier, mais une erreur dans la consignation de cette entente dans un instrument juridique. Autrement dit, la rectification fait correspondre l'instrument avec ce que les parties ont convenu de faire, et non avec, en rétrospective, ce qu'elles auraient dû convenir de faire. Dans l'affaire *Juliar*, toutefois, l'erreur des parties ne résidait

a shares-for-shares transfer. By granting the sought-after change of mechanism, the Court of Appeal in *Juliar* purported to “rectify” not merely the instrument recording the parties’ antecedent agreement, but that agreement itself where it failed to achieve the desired result or produced an unanticipated adverse consequence — that is, where it was the product of an error in judgment. As J. Berryman observed (in *The Law of Equitable Remedies* (2nd ed. 2013), at p. 510):

In *Juliar*, the applicants had acted directly on the advice of their accountant. The accountant made a mistake as to the nature of the business ownership and the taxes that were paid prior to the arrangement he advised his clients to pursue. This is not a case for rectification. The clients intended to use the instrument given to them by their accountant. Their motive may have been to avoid tax but that is different from their intent which was to use the very form in front of them.

[20] Secondly, even on its own terms, *Juliar*’s expansion of the availability of rectification cannot be justified. By way of explanation, in the case upon which Austin J.A. relied, *Re Slocock’s Will Trusts*, the plaintiff was the life beneficiary of her father’s residuary estate, with the capital and income after her death to be paid to her issue as she should appoint. She appointed her children to take after her death. Later, lands owned by her father’s family were sold to a development company, with the proceeds to be received and distributed by a management company in which the plaintiff received an allotment of shares, proportionate to her interest in the proceeds. After taking legal advice, the plaintiff and her children decided that she should surrender by deed her life interest in those proceeds as well as her shares in the management company (pp. 359-60). The deed, however, did not faithfully record the parties’ agreement, because it released only the plaintiff’s shares in the management company, and

pas dans la consignation de l’entente dont elles avaient convenu, soit de transférer des actions en contrepartie d’un billet à ordre, mais plutôt dans le fait d’avoir choisi ce mécanisme au lieu d’un échange d’actions. En accordant le changement de mécanisme sollicité après coup, la Cour d’appel a, dans *Juliar*, voulu « rectifier » non seulement l’instrument consignait l’entente antérieure des parties, mais l’entente elle-même, dans la mesure où elle ne permettait pas d’atteindre le résultat voulu, ou entraînait une conséquence fâcheuse imprévue — c’est-à-dire, dans la mesure où elle résultait d’une erreur de jugement. Comme l’a fait remarquer J. Berryman (dans *The Law of Equitable Remedies* (2<sup>e</sup> éd. 2013), p. 510) :

[TRADUCTION] Dans *Juliar*, les demandeurs avaient agi directement sur le conseil de leur comptable. Le comptable s’est mépris sur la nature du capital-actions de l’entreprise et sur l’impôt qui avait été payé avant la formation de l’entente qu’il avait conseillé à ses clients de conclure. Il n’y a pas lieu d’accorder la rectification en l’espèce. Les clients entendaient utiliser le document que leur comptable leur avait remis. Leur motivation était peut-être d’éviter de payer de l’impôt, mais celle-ci est différente de leur intention, qui était d’utiliser le formulaire dont ils disposaient.

[20] Deuxièmement, même si l’on tient compte des énoncés de l’arrêt *Juliar* comme tels, cet arrêt élargit le recours en rectification d’une façon qui ne saurait être justifiée. En effet, dans l’affaire sur laquelle s’est fondé le juge Austin, *Re Slocock’s Will Trusts*, la demanderesse était bénéficiaire d’un intérêt viager sur le reliquat de la succession de son père, dont le capital et le revenu devaient être transmis, après le décès de la demanderesse, aux descendants qu’elle désignerait. Elle a désigné ses enfants. Plus tard, les terres appartenant à la famille de son père ont été vendues à une société de développement, et le produit de la vente a été versé à une société de gestion et réparti par celle-ci. La société de gestion a émis au nom de la demanderesse des actions en proportion de son intérêt dans le produit. Après avoir discuté avec un conseiller juridique, la demanderesse et ses enfants ont décidé qu’elle devrait céder par acte sa participation viagère dans ce produit ainsi que ses actions dans la société de

not her beneficial interest in the proceeds of sale (p. 360).

[21] While the outcome sought by the plaintiff and her children would have also secured a tax advantage for the children (specifically, avoidance of capital transfer tax upon the plaintiff's death), Graham J. granted rectification *not* to secure that tax advantage, but on the strength of his finding (*Re Sloccock's Will Trusts*, at p. 361) that the deed as recorded omitted the proceeds of the sale of the lands, thereby failing to record fully the terms of the parties' original agreement. This was, therefore, an unremarkable application of rectification to cure an omission in the instrument recording an antecedent agreement. Nothing in *Re Sloccock's Will Trusts* justifies *Juliar's* modified threshold for granting rectification solely to avoid an unanticipated tax liability. *Re Sloccock's Will Trusts* simply confirmed that, provided that the underlying mechanism by which the parties had agreed to seek a particular tax outcome was omitted or incorrectly recorded, and provided that all other conditions for granting rectification are satisfied, a court retains discretion to grant rectification. The focus of the inquiry remained properly fixed on whether that originally intended mechanism was properly recorded, and not on whether it achieved the desired tax outcome or resulted in a party incurring an undesired or unexpected tax outcome.

[22] Subsequent English authorities confirm that *Re Sloccock's Will Trusts* created no distinct threshold for granting rectification in the tax context. In *Racal Group Services Ltd. v. Ashmore* (1995), 68 T.C. 86 (C.A.), the English Court of Appeal made clear that a mere intention to obtain a fiscal objective is insufficient to ground a claim in rectification: "... the court cannot rectify a document merely on the ground that it failed to achieve the grantor's fiscal objective. The

gestion (p. 359-360). Toutefois, l'acte ne consignait pas fidèlement l'entente des parties, car il ne prévoyait que la renonciation de la demanderesse à ses actions dans la société de gestion, et non la renonciation à son intérêt bénéficiaire dans le produit de la vente (p. 360).

[21] Bien que le résultat recherché par la demanderesse et ses enfants aurait également assuré un avantage fiscal aux enfants (plus précisément, éviter de payer des droits de cession au décès de la demanderesse), le juge Graham a accordé la rectification *non pas* pour assurer cet avantage fiscal, mais sur la foi de sa conclusion (*Re Sloccock's Will Trusts*, p. 361) selon laquelle l'acte tel que rédigé passait sous silence le produit de la vente des terres, et ne consignait donc pas entièrement les modalités de l'entente initiale entre les parties. Par conséquent, le juge a appliqué la doctrine de la rectification dans son sens ordinaire pour corriger une omission dans l'instrument consignait l'entente antérieure. Rien dans l'arrêt *Re Sloccock's Will Trusts* ne justifie le seuil modifié dans l'arrêt *Juliar* pour accorder une rectification uniquement dans le but d'éviter une obligation fiscale imprévue. L'arrêt *Re Sloccock's Will Trusts* a simplement confirmé que, pourvu que le mécanisme sous-jacent au moyen duquel les parties avaient convenu de produire un résultat fiscal en particulier ait été omis ou consigné incorrectement, et pourvu que toutes les autres conditions d'octroi d'une rectification soient réunies, le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire d'accorder la rectification. L'examen est demeuré axé à bon droit sur la question de savoir si ce mécanisme dont les parties avaient convenu au départ était adéquatement constaté, et non sur la question de savoir s'il avait atteint le résultat fiscal désiré ou s'il avait produit un résultat fiscal non désiré ou imprévu pour une partie.

[22] Des décisions anglaises subséquentes confirment que l'arrêt *Re Sloccock's Will Trusts* n'a établi aucun critère distinct permettant d'accorder la rectification dans le contexte fiscal. Dans *Racal Group Services Ltd. c. Ashmore* (1995), 68 T.C. 86 (C.A.), la Cour d'appel d'Angleterre a indiqué clairement que la simple intention d'atteindre un objectif fiscal est insuffisante pour fonder une demande de rectification : [TRADUCTION] « ... le tribunal ne peut

specific intention of the grantor as to how the objective was to be achieved must be shown if the court is to order rectification” (p. 106). Similarly, the court in *Ashcroft v. Barnsdale*, [2010] EWHC 1948, [2010] S.T.C. 2544 (Ch. D.), held that it could not rectify an instrument “merely because it fails to achieve the fiscal objectives of the parties to it”: para. 17 (emphasis in original). See also D. Hodge, *Rectification: The Modern Law and Practice Governing Claims for Rectification for Mistake* (2nd ed. 2016), at para. 4-145:

A mere misapprehension as to the tax consequences of executing a particular document will not justify an order for its rectification. The specific intention of the parties (or the grantor or covenantor) as to how the objective was to be achieved must be shown if the court is to order rectification. [Emphasis deleted.]

[23] Finally, *Juliar* does not account for this Court’s direction, in *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, at para. 45, that a taxpayer should expect to be taxed “based on what it actually did, not based on what it could have done”. While this statement in *Shell Canada* was applied to support the proposition that a taxpayer should not be denied a sought-after fiscal objective merely because others had not availed themselves of the same advantage, it cuts the other way, too: taxpayers should not be judicially accorded a benefit based solely on what they would have done had they known better.

[24] This point goes to the respondents’ submission that “[r]ectification is necessary to . . . avoid unjust enrichment of the Crown” (R.F., at para. 76), echoing the Court of Appeal’s concern in *Juliar* (at paras. 33-34, quoting *Re Slocock’s Will Trusts*, at p. 363) for the Crown’s “accidental and unexpected windfall” and the chambers judge’s concern in the present appeal (at para. 44) about the CRA’s “unintended gain” and (at para. 52) the Crown’s “tax windfall”. With respect, the premise underlying

rectifier un document simplement au motif qu’il n’a pas atteint l’objectif fiscal du concédant. L’intention précise du concédant quant à la façon dont l’objectif devait être atteint doit être démontrée pour que le tribunal ordonne la rectification » (p. 106). De même, le tribunal dans *Ashcroft c. Barnsdale*, [2010] EWHC 1948, [2010] S.T.C. 2544 (Div. chanc.), a conclu qu’il ne pouvait rectifier un instrument [TRADUCTION] « simplement parce qu’il n’atteint pas les objectifs fiscaux des parties » : par. 17 (en italique dans l’original). Voir aussi D. Hodge, *Rectification : The Modern Law and Practice Governing Claims for Rectification for Mistake* (2<sup>e</sup> éd. 2016), par. 4-145 :

[TRADUCTION] Une simple erreur quant aux conséquences fiscales de la signature d’un document donné ne justifiera pas une ordonnance visant sa rectification. L’intention précise des parties (ou du concédant ou du covenantant) quant à la façon dont l’objectif devait être atteint doit être démontrée pour que le tribunal ordonne la rectification. [Italiques omis.]

[23] Enfin, l’arrêt *Juliar* ne tient pas compte de la directive donnée par la Cour dans *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, par. 45, selon laquelle un contribuable devrait s’attendre à être imposé « en fonction de ce qu’il a fait, et non de ce qu’il aurait pu faire ». Bien que cet énoncé dans *Shell Canada* ait été appliqué à l’appui de la proposition qu’un contribuable ne devrait pas se voir refuser un objectif fiscal sollicité après coup simplement parce que d’autres ne se sont pas prévalus du même avantage, il joue également dans l’autre sens : les contribuables ne devraient pas se voir accorder un avantage par les tribunaux uniquement sur la base de ce qu’ils auraient fait s’ils avaient su.

[24] Cela m’amène à l’argument des intimées selon lequel [TRADUCTION] « [l]a rectification est nécessaire pour [. . .] éviter que la Couronne ne s’enrichisse sans cause » (m.i., par. 76), qui reprend la préoccupation exprimée par la Cour d’appel dans *Juliar* (par. 33-34, citant *Re Slocock’s Will Trusts*, p. 363) à l’égard du [TRADUCTION] « gain accidentel et inattendu » de la Couronne et la préoccupation du juge siégeant en cabinet dans la présente affaire (par. 44) au sujet du « gain non intentionnel » de

such concerns misses the point of the inquiry, inasmuch as it concerns the CRA. Tax consequences, including those which follow an assessment by the CRA, flow from freely chosen legal arrangements, not from the intended or unintended effects of those arrangements, whether upon the taxpayer or upon the public treasury. The proper inquiry is no more into the “windfall” for the public treasury when a taxpayer loses a benefit than it is into the “windfall” for the taxpayer when that taxpayer secures a benefit. The inquiry, rather, is into what the taxpayer agreed to do. *Juliar* erroneously departed from this principle, and in so doing allowed for impermissible retroactive tax planning: *Harvest Operations Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2015 ABQB 327, [2015] 6 C.T.C. 78, at para. 49.

### C. *Two Further Concerns*

[25] Before applying the test for rectification — which test, I emphasize, is to be applied in a tax context just as it is in a non-tax context — to the facts of this appeal, I turn to two matters in need of clarification, the first of which was raised by the respondents.

(1) “Common Continuing Intention” to Avoid Tax Liability

[26] The respondents argue that, in the case of a common mistake, it is unnecessary for the party seeking rectification to prove a prior agreement concerning the term or terms for which rectification is sought. Rather, they say that evidence of a “common continuing intention” — in this case, their common continuing intention that the value of the shares in FHIW and FHIS should be transferred in a way that would avoid immediate tax liability — should suffice to ground a grant of rectification.

l’ARC et (par. 52) du « gain fiscal fortuit » de la Couronne. Soit dit en tout respect, la prémisse de ces préoccupations n’a rien à voir avec la question qui nous occupe, dans la mesure où elle concerne l’ARC. Les conséquences fiscales, y compris celles qui font suite à une cotisation de l’ARC, découlent directement d’ententes juridiques librement choisies, et non des effets recherchés ou non recherchés de ces ententes, peu importe que ce soit le contribuable ou le trésor public qui les subissent. La question qui se pose en l’espèce ne concerne pas plus le « gain fortuit » du trésor public lorsqu’un contribuable perd un avantage qu’elle ne concerne le « gain fortuit » du contribuable lorsqu’il obtient un avantage. Il s’agit plutôt de savoir ce que le contribuable a convenu de faire. L’arrêt *Juliar* s’est écarté à tort de ce principe et, ce faisant, il a autorisé une planification fiscale rétroactive inadmissible : *Harvest Operations Corp. c. Canada (Attorney General)*, 2015 ABQB 327, [2015] 6 C.T.C. 78, par. 49.

### C. *Deux autres préoccupations*

[25] Avant d’appliquer le critère de rectification — critère qui, je le souligne, doit être appliqué dans un contexte fiscal exactement de la même manière que dans un contexte non fiscal — aux faits du présent pourvoi, je me pencherai sur deux questions qui nécessitent des précisions, dont la première a été soulevée par les intimées.

(1) L’« intention commune constante » d’éviter une obligation fiscale

[26] Les intimées font valoir que, dans le cas d’une erreur commune, il n’est pas nécessaire pour la partie qui sollicite la rectification de prouver l’existence d’une entente antérieure relative à la ou aux modalités dont la rectification est demandée. Elles affirment plutôt que la preuve d’une [TRADUCTION] « intention commune constante » — en l’espèce, leur intention commune constante que la valeur des actions dans FHIW et FHIS devrait être transférée d’une façon qui permettrait d’échapper à une obligation fiscale immédiate — devrait suffire à accorder une rectification.

[27] This was, of course, the view of the Court of Appeal, both in *Juliar* and in the present appeal. The respondents also rely upon the decision of the English Court of Appeal in *Joscelyne v. Nissen*, [1970] 2 Q.B. 86, in which the court (at p. 95) approved of this statement of Simonds J. in *Crane v. Hegeman-Harris Co.*, [1939] 1 All E.R. 662:

. . . in order that this court may exercise its jurisdiction to rectify a written instrument, it is not necessary to find a concluded and binding contract between the parties antecedent to the agreement which it is sought to rectify. . . . [I]t is sufficient to find a common continuing intention in regard to a particular provision or aspect of the agreement. If one finds that, in regard to a particular point, the parties were in agreement up to the moment when they executed their formal instrument, and the formal instrument does not conform with that common agreement, then this court has jurisdiction to rectify, although it may be that there was, until the formal instrument was executed, no concluded and binding contract between the parties. [p. 664]

[28] *Joscelyne*'s statement on the sufficiency of a common continuing intention has been adopted by the Ontario Court of Appeal in *Wasauksing First Nation v. Wasausink Lands Inc.* (2004), 184 O.A.C. 84, at para. 77, and the Newfoundland and Labrador Supreme Court in *Dynamex Canada Inc. v. Miller* (1998), 161 Nfld. & P.E.I.R. 97 (C.A.), at paras. 23 and 27. It is not immediately apparent, however, that it supports the respondents' position here. *Joscelyne*'s reference to "a common continuing intention in regard to a particular provision or aspect of the agreement", coupled with its reference to the later discovery that "the formal instrument does not conform with that common agreement", strongly suggests that — howsoever often *Joscelyne* has been taken as suggesting otherwise by Canadian courts — it does not posit that, in the case of a common mistake, anything less than a prior *agreement* with respect to the term to be rectified is sufficient to support a grant of rectification. While *Joscelyne* allows for situations in which a contract will be unenforceable until a corresponding written instrument is executed (for example, in the case of a transfer of an interest in realty) and for situations

[27] Évidemment, ce point de vue était aussi celui de la Cour d'appel, tant dans l'arrêt *Juliar* que dans le présent pourvoi. Les intimées se sont également appuyées sur l'arrêt *Joscelyne c. Nissen*, [1970] 2 Q.B. 86, dans lequel la Cour d'appel d'Angleterre (p. 95) a approuvé l'affirmation suivante du juge Simonds dans *Crane c. Hegeman-Harris Co.*, [1939] 1 All E.R. 662 :

[TRADUCTION] . . . pour que le tribunal puisse exercer son pouvoir de rectifier un instrument écrit, il n'est pas nécessaire de conclure à l'existence d'un contrat conclu et exécutoire entre les parties qui précède l'entente dont la rectification est sollicitée. [ . . . ] [I]l suffit de conclure à l'existence d'une intention commune constante à l'égard d'une clause ou d'un aspect précis de l'entente. Si l'on conclut, à l'égard d'un point en particulier, que les parties étaient d'accord jusqu'au moment où elles ont signé leur instrument officiel, et que cet instrument officiel ne correspond pas à cette entente commune, notre cour a compétence pour accorder la rectification, bien qu'il se peuve qu'avant la signature de l'instrument officiel, aucun contrat exécutoire entre les parties n'ait été conclu. [p. 664]

[28] L'affirmation de l'arrêt *Joscelyne* sur le caractère suffisant d'une intention commune constante a été adoptée par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Wasauksing First Nation c. Wasausink Lands Inc.* (2004), 184 O.A.C. 84, par. 77, et par la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador dans *Dynamex Canada Inc. c. Miller* (1998), 161 Nfld. & P.E.I.R. 97 (C.A.), par. 23 et 27. Toutefois, il n'est pas évident à première vue que cette affirmation étaye la thèse des intimées en l'espèce. Dans *Joscelyne*, la cour parle d'une [TRADUCTION] « intention commune constante à l'égard d'une clause ou d'un aspect précis de l'entente », et de la découverte après coup que « l'instrument officiel ne correspond pas à cette entente commune », ce qui donne fortement à penser que — peu importe le nombre de fois où l'arrêt *Joscelyne* a été considéré comme suggérant le contraire par les tribunaux canadiens — cet arrêt n'établit pas que, dans le cas d'une erreur commune, quelque chose de moins qu'une *entente* antérieure à propos de la modalité à rectifier suffit pour accorder une rectification. Bien que l'arrêt *Joscelyne* ouvre la porte aux situations où un contrat ne sera pas exécutoire avant la signature d'un instrument écrit correspondant (par

in which there may not have been agreement on all essential terms before the written instrument was executed, this does not detract from its implicit affirmation that rectification requires the parties to show an antecedent agreement with respect to the term or terms for which rectification is sought.

[29] In any event, *Joscelyne* should not be taken as authorizing any departure from this Court's direction that a party seeking to correct an erroneously drafted written instrument on the basis of a common mistake must first demonstrate its inconsistency with an antecedent agreement with respect to that term. In *Shafron*, this Court unambiguously rejected the sufficiency of showing mere *intentions* to ground a grant of rectification, insisting instead on erroneously recorded *terms*. As Denning L.J. said in *Frederick E. Rose (London) Ltd. v. William H. Pim Jnr. & Co.*, [1953] 2 Q.B. 450 (C.A.), at p. 461 (quoted in *Shafron*, at para. 52):

Rectification is concerned with contracts and documents, not with intentions. In order to get rectification it is necessary to show that the parties were in complete agreement on the terms of their contract, but by an error wrote them down wrongly; and in this regard, in order to ascertain the terms of their contract, you do not look into the inner minds of the parties — into their intentions — any more than you do in the formation of any other contract.

[30] This Court's statement in *Performance Industries* (at para. 31) that “[r]ectification is predicated on the existence of a prior oral contract whose terms are definite and ascertainable” is to the same effect. The point, again, is that rectification corrects the recording in an instrument of an agreement (here, to redeem shares). Rectification does not operate simply because an agreement failed to achieve an intended effect (here, tax neutrality) — irrespective of whether the intention to achieve that effect was “common” and “continuing”.

exemple, dans le cas du transfert d'un intérêt dans un bien immobilier) et à celles où les parties ne se sont peut-être pas entendues sur toutes les conditions essentielles avant la signature de l'instrument écrit, cela ne diminue en rien son affirmation implicite selon laquelle la rectification nécessite que les parties démontrent l'existence d'une entente antérieure à propos de la ou des modalités dont la rectification est demandée.

[29] Quoi qu'il en soit, on ne doit pas considérer que l'arrêt *Joscelyne* autorise tout écart par rapport à la directive de la Cour selon laquelle la partie qui cherche à corriger un instrument écrit erronément rédigé sur le fondement d'une erreur commune doit d'abord démontrer qu'il ne correspond pas à une entente antérieure au sujet de la modalité en cause. Dans *Shafron*, la Cour a rejeté sans équivoque l'idée qu'il suffit de démontrer de simples *intentions* pour fonder une rectification, insistant plutôt sur des *modalités* mal consignées. Comme le juge Denning l'a affirmé dans *Frederick E. Rose (London) Ltd. c. William H. Pim Jnr. & Co.*, [1953] 2 Q.B. 450 (C.A.), p. 461 (cité dans *Shafron*, par. 52) :

[TRADUCTION] La rectification concerne les contrats et les documents, et non les intentions. Pour obtenir une rectification, il faut démontrer que les parties étaient parfaitement d'accord sur les stipulations du contrat, mais qu'elles ont fait une erreur lorsqu'elles les ont consignées par écrit; et il n'y a pas davantage lieu à cet égard, pour établir les conditions du contrat conclu, de sonder la pensée des parties — de sonder leurs intentions — qu'il n'y a lieu de le faire à propos de la formation de tout autre contrat.

[30] L'affirmation de la Cour dans l'arrêt *Performance Industries* (par. 31) selon laquelle « [I]a rectification est fondée sur l'existence d'un contrat verbal préalable dont les conditions sont déterminées et déterminables » va dans le même sens. Encore une fois, le fait est que la rectification corrige la consignation d'une entente (visant en l'espèce à racheter des actions) dans un instrument. La rectification ne se fait pas simplement parce qu'une entente n'a pas produit l'effet voulu (en l'espèce, la neutralité fiscale) — peu importe si l'intention d'obtenir cet effet était « commune » et « constante ».

[31] In this regard, my colleague Justice Abella relies upon the chambers judge’s finding that “when the 2006 transaction was undertaken, Fairmont had an intent that at some point in the future [it] would have to deal with the unhedged position of [FHIW and FHIS] in a way that would be tax and accounting neutral although [it] had no specific plan as to how [it] would do that” (para. 33, cited by Abella J. at para. 87). In my respectful view, however, it was an error for the chambers judge to ascribe any significance to that finding. Rectification does not correct common mistakes in judgment that frustrate contracting parties’ aspirations or, as here, unspecified “plans”; it corrects common mistakes in instruments recording the terms by which parties, wisely or unwisely, agreed to pursue those aspirations. While my colleague suggests that the jurisprudence of this Court undermines this reasoning (paras. 79-85), that very jurisprudence requires the party seeking rectification of an instrument to show not merely an inchoate or otherwise undeveloped “intent”, but rather the term of an antecedent *agreement* which was not correctly recorded therein: *Performance Industries*, at para. 37.

[32] It therefore falls to a party seeking rectification to show not only the putative error in the instrument, but also the way in which the instrument should be rectified in order to correctly record what the parties intended to do. “The court’s task in a rectification case is corrective, not speculative”: *Performance Industries*, at para. 31. Where, therefore, an instrument recording an agreed-upon course of action is sought to be rectified, the party seeking rectification must identify terms which were omitted or recorded incorrectly and which, correctly recorded, are sufficiently precise to constitute the terms of an enforceable agreement. The inclusion of imprecise terms in an instrument is, on its own, not enough to obtain rectification; absent evidence of what the parties had specifically agreed to do, rectification is not available. While imprecision may justify setting aside an instrument, it cannot invite courts to find an agreement where none is present. It was for this reason that the Court in

[31] À cet égard, ma collègue la juge Abella s’appuie sur la conclusion du juge siégeant en cabinet [TRADUCTION] « qu’en 2006, au moment de procéder à l’opération, Fairmont entendait régler ultérieurement le problème de la position non couverte de [FHIW et de FHIS] sans incidences fiscales ou comptables, tout en n’ayant aucune idée précise de la façon dont elle s’y prendrait » (par. 33, cité par la juge Abella au par. 87). Avec égards toutefois, je suis d’avis que le juge siégeant en cabinet a eu tort d’accorder quelque importance que ce soit à cette conclusion. La rectification ne corrige ni les erreurs de jugement communes qui vont à l’encontre des aspirations des parties contractantes, ni, comme en l’espèce, des « idées » imprécises; elle corrige les erreurs communes commises dans les instruments qui consignent les modalités auxquelles les parties ont convenu, judicieusement ou imprudemment, de poursuivre ces aspirations. Bien que ma collègue laisse entendre que la jurisprudence de la Cour affaiblit ce raisonnement (par. 79-85), cette même jurisprudence oblige la partie sollicitant la rectification d’un instrument à démontrer non pas une « intention » vague ou par ailleurs mal définie, mais la modalité d’une *entente* préalable qui n’a pas été correctement consignée dans cet instrument : *Performance Industries*, par. 37.

[32] Il incombe donc à la partie qui sollicite la rectification de démontrer non seulement l’erreur putative dans l’instrument, mais également la façon dont l’instrument devrait être rectifié afin de consigner correctement ce que les parties avaient l’intention de faire. « La tâche des tribunaux dans une affaire de rectification est de corriger et non de faire des supputations » : *Performance Industries*, par. 31. Par conséquent, lorsqu’une partie cherche à rectifier un instrument consignant une mesure convenue, elle doit indiquer les modalités qui ont été omises ou consignées incorrectement et qui, si elles étaient correctement consignées, seraient suffisamment précises pour constituer les modalités d’une entente exécutoire. L’inclusion de modalités imprécises dans un instrument n’est pas, à elle seule, suffisante pour obtenir une rectification; sans preuve de ce que les parties avaient précisément convenu de faire, il n’est pas possible de recourir à la rectification. Bien qu’une imprécision puisse

*Shafron* declined to enforce the restrictive covenant covering the “Metropolitan City of Vancouver”. The term was imprecise, but there was “no indication that the parties agreed on something and then mistakenly included something else in the written contract”: *Shafron*, at para. 57.

[33] As is apparent from the reasons of my colleague Justice Wagner in *Jean Coutu Group (PJC) Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2016 SCC 55, [2016] 2 S.C.R. 670, on this question both equity and the civil law are *ad idem*, despite each legal system arriving at that same conclusion via different paths — the former being concerned with correcting the document, and the latter focusing on its interpretation. This convergence is undoubtedly desirable in the context of applying federal tax legislation. More particularly, the cautionary note struck by the Court in *Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 SCC 65, [2013] 3 S.C.R. 838, at para. 54, regarding “common intention” as a factor in rewriting parties’ agreements under art. 1425 of the *Civil Code of Québec* — which precaution is expressly relied upon by Wagner J. in *Jean Coutu* (at para. 21) — is equally apposite in applying the equitable doctrine of rectification:

Taxpayers should not view this . . . as an invitation to engage in bold tax planning on the assumption that it will always be possible for them to redo their contracts retroactively should that planning fail. A taxpayer’s intention to reduce his or her tax liability would not on its own constitute the object of an obligation within the meaning of art. 1373 *C.c.Q.*, since it would not be sufficiently determinate or determinable. Nor would it even constitute the object of a contract within the meaning of art. 1412 *C.c.Q.* Absent a more precise and more clearly defined object, no contract would be formed. In such a case, art. 1425 could not be relied on to justify seeking the common intention of the parties in order to give effect to that intention despite the words of the writings prepared to record it.

justifier l’annulation d’un instrument, elle ne peut amener les tribunaux à conclure à l’existence d’une entente lorsqu’il n’y en a pas. C’est pour cette raison que la Cour a, dans l’arrêt *Shafron*, refusé d’exécuter la clause restrictive couvrant « l’agglomération de la ville de Vancouver ». L’expression était imprécise, mais « rien ne permet[tait] de croire que les parties auraient convenu d’une chose, puis inscrit par erreur quelque chose d’autre dans le contrat écrit » : *Shafron*, par. 57.

[33] Comme il appert des motifs de mon collègue le juge Wagner dans l’arrêt *Groupe Jean Coutu (PJC) inc. c. Canada (Procureur général)*, 2016 CSC 55, [2016] 2 R.C.S. 670, à cet égard, l’équité et le droit civil vont dans le même sens, malgré le fait que chaque système juridique arrive à une même conclusion par des voies différentes — le premier visant la correction du document, et le dernier étant axé sur son interprétation. Cette convergence est indubitablement souhaitable dans l’application des lois fiscales fédérales. Plus particulièrement, la mise en garde formulée par la Cour dans *Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 CSC 65, [2013] 3 R.C.S. 838, par. 54, concernant l’« intention commune » à titre de facteur pour réécrire les ententes des parties en vertu de l’art. 1425 du *Code civil du Québec* — mise en garde sur laquelle s’est fondé expressément le juge Wagner dans *Jean Coutu* (par. 21) — est tout aussi pertinente dans l’application de la doctrine de la rectification en equity :

En effet, les contribuables ne devraient pas interpréter [cela] comme une invitation à se lancer dans des planifications fiscales audacieuses, en se disant qu’il leur sera toujours possible de refaire leurs contrats rétroactivement en cas d’échec de ces planifications. L’intention d’un contribuable de réduire ses obligations fiscales ne saurait à elle seule constituer l’objet de l’obligation au sens de l’art. 1373 *C.c.Q.*, compte tenu de son caractère insuffisamment déterminé ou déterminable, ni même l’objet du contrat au sens de l’art. 1412 *C.c.Q.* En l’absence d’un objet plus précis et mieux défini, aucun contrat ne serait formé. L’article 1425 ne pourrait dans un tel cas être invoqué pour justifier la recherche de l’intention commune des parties afin de lui donner effet, malgré les termes des écrits préparés pour la constater.

(2) Standard of Proof

[34] The second point requiring clarification is the standard of proof. In *Performance Industries*, at para. 41, this Court held that a party seeking rectification will have to meet all elements of the test by “convincing proof”, which it described as “proof that may fall well short of the criminal standard, but which goes beyond the sort of proof that only reluctantly and with hesitation scrapes over the low end of the civil ‘more probable than not’ standard”. This, as was observed in *Performance Industries*, was a relaxation of the standard from the Court’s earlier jurisprudence, in which the criminal standard of proof was applied: see *Ship M. F. Whalen*, at p. 127, and *Hart*, at p. 630, per Duff J.

[35] In light, however, of this Court’s more recent statement in *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at para. 40, that there is “only one civil standard of proof at common law and that is proof on a balance of probabilities”, the question obviously arises of whether the Court’s description in *Performance Industries* of the standard to which the elements of the test for obtaining rectification must be proven is still applicable.

[36] In my view, the applicable standard of proof to be applied to evidence adduced in support of a grant of rectification is that which *McDougall* identifies as the standard generally applicable to all civil cases: the balance of probabilities. But this merely addresses the standard, and not the quality of evidence by which that standard is to be discharged. As the Court also said in *McDougall* (at para. 46), “evidence must always be sufficiently clear, convincing and cogent”. A party seeking rectification faces a difficult task in meeting this standard, because the evidence must satisfy a court that the true substance of its unilateral intention or agreement with another party was not accurately recorded in the instrument to which it nonetheless subscribed. A court will typically require evidence exhibiting a high degree of clarity, persuasiveness and cogency before substituting the terms of a written instrument with those

(2) Norme de preuve

[34] Le deuxième point qui nécessite des précisions est la norme de preuve. Dans l’arrêt *Performance Industries*, par. 41, la Cour a conclu que la partie qui sollicite une rectification devra satisfaire à tous les éléments du critère applicable par une « preuve convaincante », qui est décrite comme « une preuve qui peut être bien inférieure à la norme applicable en matière criminelle, mais qui excède toutefois la preuve qui satisfait péniblement à la norme de la “prépondérance des probabilités” applicable en matière civile ». Comme l’a fait observer la Cour dans *Performance Industries*, il s’agit là d’un assouplissement de la norme établie dans la jurisprudence antérieure de la Cour, où la norme de preuve en matière criminelle a été appliquée : voir *Ship M. F. Whalen*, p. 127; *Hart*, p. 630, le juge Duff.

[35] Cependant, à la lumière de l’énoncé plus récent de la Cour dans l’arrêt *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, par. 40, selon lequel il n’existe, « en common law, qu’une seule norme de preuve en matière civile, celle de la prépondérance des probabilités », il faut évidemment se demander si la description de la norme — selon laquelle les éléments du critère à satisfaire pour obtenir la rectification doivent être prouvés — donnée par la Cour dans *Performance Industries* s’applique toujours.

[36] À mon sens, la norme de preuve applicable à la preuve présentée à l’appui d’une demande de rectification est celle qui est désignée dans l’arrêt *McDougall* comme la norme généralement applicable à toutes les affaires civiles : la prépondérance des probabilités. Or, cela désigne simplement la norme, et non la qualité de la preuve nécessaire pour satisfaire à cette norme. Comme la Cour l’a également dit dans *McDougall* (par. 46), « la preuve doit toujours être claire et convaincante ». Il sera difficile pour la partie qui sollicite la rectification de satisfaire à cette norme, car la preuve doit convaincre le tribunal que la véritable substance de son intention unilatérale ou de son entente avec une autre partie n’a pas été consignée correctement dans l’instrument auquel elle a néanmoins souscrit. Le tribunal exigera généralement une preuve très claire, convaincante et solide avant de

said to form the party's true, if only orally expressed, intended course of action. This idea was helpfully encapsulated, in the context of an application for rectification of a common mistake, by Brightman L.J. in *Thomas Bates and Son Ltd. v. Wyndham's (Lingerie) Ltd.*, [1981] 1 W.L.R. 505 (C.A.), at p. 521:

The standard of proof required in an action of rectification to establish the common intention of the parties is, in my view, the civil standard of balance of probability. But as the alleged common intention *ex hypothesi* contradicts the written instrument, convincing proof is required in order to counteract the cogent evidence of the parties' intention displayed by the instrument itself. It is not, I think, the standard of proof which is high, so differing from the normal civil standard, but the evidential requirement needed to counteract the inherent probability that the written instrument truly represents the parties' intention because it is a document signed by the parties.

[37] In brief, while the standard of proof is the balance of probabilities, the essential concern of *Performance Industries* remains applicable, being (at para. 42) “to promote the utility of written agreements by closing the ‘floodgate’ against marginal cases that dilute what are rightly seen to be demanding preconditions to rectification”.

#### D. Application to the Present Appeal

[38] To summarize, rectification is an equitable remedy designed to correct errors in the recording of terms in written legal instruments. Where the error is said to result from a mistake common to both or all parties to the agreement, rectification is available upon the court being satisfied that, on a balance of probabilities, there was a prior agreement whose terms are definite and ascertainable; that the agreement was still in effect at the time the instrument was executed; that the instrument fails to accurately record the agreement; and that the instrument, if rectified, would carry out the parties' prior agreement. In the case of a unilateral mistake,

permettre que les modalités d'un instrument écrit soient remplacées par celles qui constateraient la véritable intention des parties, si elle a été exprimée uniquement de vive voix. Cette idée a été utilement résumée dans le contexte d'une demande de rectification d'une erreur commune par le juge Brightman dans l'arrêt *Thomas Bates and Son Ltd. c. Wyndham's (Lingerie) Ltd.*, [1981] 1 W.L.R. 505 (C.A.), p. 521 :

[TRADUCTION] La norme de preuve à laquelle il faut satisfaire dans une action en rectification pour établir l'intention commune des parties est, à mon sens, la norme civile de la prépondérance des probabilités. Or, puisque l'intention commune présumée contredit l'instrument écrit, une preuve convaincante est nécessaire pour pouvoir contrebalancer la preuve solide de l'intention des parties exprimée par l'instrument lui-même. J'estime qu'il ne s'agit pas d'une norme de preuve élevée, différente de la norme civile ordinaire, mais de l'exigence nécessaire en matière de preuve pour contrebalancer la probabilité inhérente que l'instrument écrit représente véritablement l'intention des parties puisqu'il s'agit d'un document signé par les parties.

[37] En somme, bien que la norme de preuve applicable soit la prépondérance des probabilités, l'objectif essentiel dans l'arrêt *Performance Industries* demeure pertinent, soit (par. 42) « de renforcer l'utilité des ententes écrites en prévenant une “avalanche” d'affaires limites qui affaibliraient des exigences perçues à juste titre comme de rigoureux préalables à la rectification ».

#### D. Application au présent pourvoi

[38] En résumé, la rectification est une réparation en equity visant à corriger les erreurs dans la consignation de modalités dans des instruments juridiques écrits. Lorsqu'on allègue que l'erreur découle d'une erreur commune à toutes les parties à l'entente, le tribunal peut accorder la rectification s'il est convaincu que, selon la prépondérance des probabilités, il y avait une entente antérieure dont les modalités sont déterminées et déterminables, que l'entente était toujours en vigueur au moment de la signature de l'instrument, que l'instrument ne consigne pas correctement l'entente et que l'instrument, s'il est rectifié, exécuterait l'entente

the party seeking rectification must also show that the other party knew or ought to have known about the mistake and that permitting the defendant to take advantage of the erroneously drafted agreement would amount to fraud or the equivalent of fraud.

[39] A straightforward application of these principles to the present appeal leads unavoidably to the conclusion that the respondents' application for rectification should have been dismissed, since they could not show having reached a prior agreement with definite and ascertainable terms. I have already noted (1) the chambers judge's finding that, in 2006, Fairmont intended to address the "unhedged position of [FHIW and FHIS] in a way that would be tax and accounting neutral although [it] had no specific plan as to how [it] would do that" (para. 33); and (2) the Court of Appeal's description of Fairmont's intention as being "to unwind [the Legacy transactions] on a tax free basis" (para. 7). It is therefore clear that Fairmont intended to limit, if not avoid altogether, its tax liability in unwinding the Legacy transactions. And, by redeeming the shares in 2007, this intention was frustrated. Without more, however, these facts do not support a grant of rectification. The error in the courts below is of a piece with the principal flaw I have identified in the Court of Appeal's earlier reasoning in *Juliar*. Rectification is not equity's version of a mulligan. Courts rectify instruments which do not correctly record agreements. Courts do not "rectify" agreements where their faithful recording in an instrument has led to an undesirable or otherwise unexpected outcome.

[40] Relatedly, the respondents do not show how Fairmont's intention, held in common and on a continuing basis with FHIW and FHIS, was to be achieved in definite and ascertainable terms while unwinding the Legacy transactions. The respondents' factum refers to "the original 2006 plan", but that plan was not only imprecise: it really was not a plan at all, being at best an inchoate wish to protect,

antérieure des parties. Dans le cas d'une erreur unilatérale, la partie qui sollicite la rectification doit également démontrer que l'autre partie connaissait ou aurait dû connaître l'existence de l'erreur et que le fait de permettre à l'autre partie de tirer profit de cette entente mal rédigée constituerait une fraude ou l'équivalent d'une fraude.

[39] Une application pure et simple de ces principes au présent pourvoi mène inévitablement à la conclusion que la demande de rectification des intimées aurait dû être rejetée, puisqu'elles n'ont pu démontrer qu'elles avaient conclu une entente antérieure dont les modalités étaient déterminées et déterminables. J'ai déjà souligné (1) la conclusion du juge siégeant en cabinet selon laquelle, en 2006, Fairmont entendait régler le problème de la « position non couverte de [FHIW et de FHIS] sans incidences fiscales et comptables, tout en n'ayant aucune idée précise de la façon dont elle s'y prendrait » (par. 33); (2) la description par la Cour d'appel de l'intention de Fairmont comme étant celle « d'annuler [les opérations de Legacy] de façon neutre sur le plan fiscal » (par. 7). Il est donc clair que Fairmont comptait limiter, voire éviter complètement, son obligation fiscale en annulant les opérations de Legacy. Et le rachat des actions en 2007 a contrecarré cette intention. Sans plus, toutefois, ces faits ne justifient pas l'octroi d'une rectification. L'erreur commise par les juridictions inférieures va de pair avec le vice principal que j'ai relevé dans le raisonnement de la Cour d'appel dans l'arrêt *Juliar*. La rectification n'est pas équivalente en equity à un deuxième essai. Les tribunaux rectifient des instruments qui ne consignent pas correctement une entente. Ils ne « rectifient » pas les ententes dont la consignation fidèle dans un instrument a mené à un résultat indésirable ou par ailleurs imprévu.

[40] Dans le même ordre d'idées, les intimées ne démontrent pas comment l'intention de Fairmont, qu'elle partageait de manière constante avec FHIW et FHIS, devait être réalisée selon des modalités déterminées et déterminables tout en annulant les opérations de Legacy. Le mémoire des intimées renvoie au [TRADUCTION] « plan initial de 2006 », mais ce plan n'était pas seulement imprécis. Il ne

by unspecified means, FHIW and FHIS from foreign exchange tax liability.

[41] The respondents' application for rectification therefore fails at the first hurdle. They show no prior agreement whose terms were definite and ascertainable.

#### IV. Conclusion and Disposition

[42] I would allow the appeal, with costs in this Court and in the courts below.

The reasons of Abella and Côté JJ. were delivered by

[43] ABELLA J. (dissenting) — I agree that there is no adjustment to the test for rectification if the context is a tax case. With respect, however, I do not agree that the test was not met in this case.

[44] The doctrine of rectification has many strands. The jurisprudence addresses errors in the transcription and implementation of documents, different types of mistakes, the rights of third parties, and how the remedy applies in various legal contexts. A coherent approach to all of these strands flows from the underlying theory that parties should not be prevented from having their true intentions implemented because of these errors. It is, after all, an equitable remedy that seeks to prevent the unfairness that results from enforcing a mistake, including the unfairness inherent in unjust enrichment and windfalls.

[45] I see the approach applied by my colleague as unduly narrowing its scope. A common, continuing, definite, and ascertainable intention to pursue a transaction in a tax-neutral manner has usually satisfied the threshold for granting rectification. The additional requirement that the parties clearly identify the precise mechanism by which they intended to achieve tax neutrality, and how that mechanism

s'agissait même pas en fait d'un plan. Ce n'était tout au plus qu'un désir incomplet de protéger, par des moyens non précisés, FHIW et FHIS contre une obligation fiscale sur les opérations de change.

[41] La demande de rectification des intimées ne satisfait donc pas à la première exigence. Elles n'ont démontré aucune entente antérieure dont les modalités étaient déterminées et déterminables.

#### IV. Conclusion et dispositif

[42] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens devant la Cour et les juridictions inférieures.

Version française des motifs des juges Abella et Côté rendus par

[43] LA JUGE ABELLA (dissidente) — Je conviens qu'il n'y a pas lieu de modifier le test de rectification lorsque l'affaire en cause est de nature fiscale. Avec égards, toutefois, je ne partage pas l'opinion que ce test n'a pas été respecté en l'espèce.

[44] La doctrine de la rectification comporte de multiples facettes. La jurisprudence en la matière traite des erreurs de transcription et d'exécution de documents, de différents types d'erreurs, des droits des tiers et de la façon dont la réparation s'applique dans divers contextes juridiques. L'approche cohérente adoptée à l'égard de toutes ces facettes découle de la théorie sous-jacente qu'on ne devrait pas empêcher les parties de réaliser leurs véritables intentions en raison de telles erreurs. La rectification est, après tout, une réparation en equity visant à prévenir l'injustice qui découle du fait d'avoir donné effet à une erreur, y compris l'injustice inhérente à l'enrichissement injustifié et aux gains fortuits.

[45] J'estime que l'approche adoptée par mon collègue restreint indûment la portée de cette réparation. L'intention commune, constante, déterminée et déterminable de réaliser une opération sans incidences fiscales satisfait habituellement au seuil d'octroi d'une rectification. L'exigence supplémentaire selon laquelle les parties doivent désigner clairement le mécanisme précis au moyen duquel elles ont

was mistakenly transcribed in a document, has the effect of raising the threshold and frustrating the purpose of the remedy. It also has the regrettable effect of imposing a narrower remedy in the common law than exists under civil law.

[46] The Application Judge concluded that the intention of the parties had been mistakenly implemented and that rectification was justified. The Court of Appeal agreed. As do I. Based on the factual findings and the applicable jurisprudence, the threshold has been met. I would dismiss the appeal.

#### Background

[47] Fairmont Hotels Inc. is a hotel management company. In 2002 and 2003, Fairmont agreed to help Legacy Hotels REIT, a Canadian real estate investment trust in which it owned a minority interest, finance the purchase of two hotels in Washington, D.C. and Seattle, Washington. For tax reasons, Legacy did not directly purchase the hotels. Instead, Legacy and Fairmont created a complex reciprocal loan structure, set up in U.S. dollars, whereby Legacy and Fairmont loaned each other money through their subsidiary corporations. The reciprocal loan structure was designed so that no foreign exchange gains or losses would be realized by Fairmont or its subsidiaries. It was expected to remain in place for 10 years.

[48] In 2006, two companies, Kingdom Hotels International and Colony Capital LLC, purchased Fairmont. Fairmont's tax advisors realized that the change of control would immediately cause Fairmont and its subsidiaries to experience net foreign exchange losses. Fairmont's advisors, in a memo dated March 3, 2006, therefore initially proposed a plan to protect Fairmont and its subsidiaries from those losses. Under this plan, the reciprocal loan structure could later be unwound with a preferred share redemption without triggering any taxable foreign exchange gains. But the tax advisors of Kingdom Hotels and Colony Capital expressed concern that this plan would create other tax problems.

l'intention d'atteindre la neutralité fiscale, ainsi que la manière dont ce mécanisme a été incorrectement transcrit dans le document, a pour effet de hausser le seuil et de contrecarrer l'objet de la réparation. Cette exigence a également l'effet regrettable d'accorder une réparation plus restreinte en common law que celle qui existe en droit civil.

[46] Le juge saisi de la demande a conclu que l'intention des parties avait été mal réalisée et que la rectification était justifiée. La Cour d'appel a souscrit à cette conclusion. Tout comme moi. Compte tenu des conclusions de fait et de la jurisprudence applicable, le seuil a été respecté. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

#### Contexte

[47] Hôtels Fairmont Inc. est une société de gestion hôtelière. En 2002 et 2003, Fairmont a consenti à aider Legacy Hotels REIT, une fiducie canadienne d'investissement immobilier dans laquelle elle possédait une participation minoritaire, à financer l'achat de deux hôtels situés à Washington (D.C.) et à Seattle (Washington). Pour des raisons fiscales, Legacy n'a pas acquis directement les hôtels. Legacy et Fairmont ont plutôt élaboré une structure complexe de prêts réciproques, en dollars américains, au moyen de laquelle chacune prêtait de l'argent à l'autre par l'entremise de ses filiales. La structure de prêts réciproques a été conçue pour que Fairmont ou ses filiales ne réalisent aucun gain ou perte sur change. Elle devait rester en place pendant 10 ans.

[48] En 2006, Fairmont a été acquise par deux sociétés, Kingdom Hotels International et Colony Capital LLC. Les conseillers fiscaux de Fairmont se sont rendu compte que le changement de contrôle ferait immédiatement subir à Fairmont et à ses filiales des pertes sur change nettes. Dans une note de service datée du 3 mars 2006, ils ont donc proposé au départ un plan visant à protéger Fairmont et ses filiales de ces pertes. Selon ce plan, la structure de prêts réciproques pourrait être ultérieurement dénouée au moyen d'un rachat d'actions privilégiées, et ce, sans provoquer de gains sur change imposables. Toutefois, les conseillers fiscaux de Kingdom Hotels et de Colony Capital ont dit craindre que ce plan pose d'autres problèmes fiscaux.

[49] Fairmont, Kingdom Hotels, and Colony Capital eventually agreed on a *modified* plan, described in a memo dated March 23, 2006, in which Fairmont would realize certain accrued foreign exchange gains and losses while protecting itself from new gains and losses going forward. This modified plan did not address Fairmont's subsidiaries, which, due to the acquisition, would no longer be protected from foreign exchange exposure. Fairmont was aware that its subsidiaries' exposure would result in a taxable foreign exchange gain if the reciprocal loan structure was later unwound with a share redemption. Since the reciprocal loan structure was to remain in place for several more years, Fairmont decided that, at a later date, it would determine how to unwind the structure without a share redemption so that no accrued gains or losses would be triggered.

[50] In 2007, Legacy asked Fairmont to end the reciprocal loan agreement ahead of schedule so that it could sell the two hotels it had acquired in 2003. Fairmont's Vice-President of Tax, under the mistaken impression that it was the initial March 3, 2006 plan that had been implemented, instructed the directors of Fairmont's subsidiaries to pass resolutions that would unwind the reciprocal loan structure with a share redemption. The directors passed these resolutions implementing the redemption of the preferred shares on September 14, 2007.

[51] The share redemption would have been tax-neutral if the initial plan had in fact been the plan that was implemented. The result of the mistake was to trigger a significantly larger tax liability.

[52] Fairmont learned of this mistake after an audit by the Canada Revenue Agency. It applied to the Ontario Superior Court of Justice to rectify the September 14, 2007 directors' resolutions that had authorized the preferred share redemption. Newbould J. allowed rectification of these resolutions on the grounds that Fairmont never intended to redeem the preferred shares and always intended to unwind the reciprocal loan structure on a tax-neutral basis.

[49] Fairmont, Kingdom Hotels et Colony Capital ont finalement convenu d'un plan *modifié*, décrit dans une note de service datée du 23 mars 2006, selon lequel Fairmont enregistrerait certains gains et pertes sur change accumulés tout en se prémunissant des gains et pertes à venir. Ce plan modifié ne réglait pas la question des filiales de Fairmont qui, en raison de l'acquisition, ne seraient plus protégées contre le risque de change. Fairmont savait que ses filiales risquaient de réaliser un gain sur change imposable si la structure de prêts réciproques devait plus tard être dénouée au moyen d'un rachat d'actions. Puisqu'il était prévu que la structure reste en place pendant encore plusieurs années, Fairmont a décidé qu'elle déterminerait plus tard comment elle la dénouerait sans procéder par rachat d'actions pour éviter de réaliser une perte ou un gain accumulé.

[50] En 2007, Legacy a demandé à Fairmont de mettre fin au contrat de prêts réciproques avant terme de sorte qu'elle puisse vendre les deux hôtels qu'elle avait acquis en 2003. Le vice-président des affaires fiscales de Fairmont, qui croyait à tort que l'on avait mis en œuvre le plan initial du 3 mars 2006, a donné pour instruction aux administrateurs des filiales de Fairmont d'adopter les résolutions nécessaires pour dénouer la structure de prêts réciproques au moyen d'un rachat d'actions. Les administrateurs ont adopté les résolutions mettant en œuvre le rachat des actions privilégiées le 14 septembre 2007.

[51] Le rachat d'actions n'aurait entraîné aucune incidence fiscale si l'on avait effectivement exécuté le plan initial. Cette erreur a engendré une obligation fiscale beaucoup plus importante que prévu.

[52] Fairmont a eu vent de l'erreur à la suite d'une vérification effectuée par l'Agence du revenu du Canada. Elle a demandé à la Cour supérieure de justice de l'Ontario de rectifier les résolutions du 14 septembre 2007 par lesquelles les administrateurs avaient autorisé le rachat des actions privilégiées. Le juge Newbould a accordé la rectification de ces résolutions au motif que Fairmont n'avait jamais eu l'intention de racheter les actions privilégiées et avait toujours eu l'intention de dénouer la structure de prêts réciproques sans incidences fiscales.

[53] The Ontario Court of Appeal unanimously dismissed the appeal (Simmons, Cronk and Blair J.J.A.).

#### Analysis

[54] Rectification is a centuries-old equitable remedy that gave courts discretion to correct “errors in integration” if signed documents did not reflect the true intention of the parties: see John D. McCamus, *The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at p. 589; see also Geoff R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3rd ed. 2016), at pp. 188-89. Where such an error occurs, “[t]he court will therefore put the agreement right . . . to conform with the parties’ true intentions” (S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (6th ed. 2010), at p. 240).

[55] The available judicial discretion to retroactively implement the parties’ true intention has been described as follows:

The Court will not write a contract for businessmen or others but rather through the exercise of its jurisdiction to grant rectification in appropriate circumstances, it will reproduce their contract in harmony with the intention clearly manifested by them, and so defeat claims or defences which would otherwise unfairly succeed to the end that business may be fairly and ethically done . . . .

(*H. F. Clarke Ltd. v. Thermidaire Corp.*, [1973] 2 O.R. 57 (C.A.), at p. 65, per Brooke J.A., rev’d on other grounds, [1976] 1 S.C.R. 319, at pp. 323-24. See also Waddams, at pp. 240-41; G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (6th ed. 2011), at p. 776; McCamus, at p. 587.)

[56] While the remedy of rectification had been historically confined to cases of mutual mistake, in *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 678, this Court expanded its scope to include circumstances where the mistake was unilateral.

[53] La Cour d’appel de l’Ontario a rejeté l’appel à l’unanimité (les juges Simmons, Cronk et Blair).

#### Analyse

[54] La rectification est une réparation en equity vieille de plusieurs siècles qui confère aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de corriger les [TRADUCTION] « erreurs d’intégration » lorsque les documents ne reflètent pas la véritable intention des parties : voir John D. McCamus, *The Law of Contracts* (2<sup>e</sup> éd. 2012), p. 589; voir aussi Geoff R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3<sup>e</sup> éd. 2016), p. 188-189. En présence d’une telle erreur, [TRADUCTION] « [l]e tribunal corrige [. . .] la convention [. . .] de façon à ce qu’elle soit conforme à la véritable intention des parties » (S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (6<sup>e</sup> éd. 2010), p. 240).

[55] Le pouvoir discrétionnaire dont dispose le tribunal de réaliser rétroactivement la véritable intention des parties a été décrit comme suit :

[TRADUCTION] La Cour n’écrira pas un contrat pour des gens d’affaires ou autres, mais grâce à son pouvoir d’accorder une rectification lorsque les circonstances s’y prêtent, elle transposera dans leur contrat l’intention qu’ils avaient clairement exprimée et rejettera en conséquence les demandes ou moyens de défense qui pourraient être injustement accueillis en l’absence d’une rectification, afin que les affaires puissent se dérouler de façon équitable et éthique . . . .

(*H. F. Clarke Ltd. c. Thermidaire Corp.*, [1973] 2 O.R. 57 (C.A.), p. 65, le juge Brooke, inf. pour d’autres motifs, [1976] 1 R.C.S. 319, p. 323-324. Voir aussi Waddams, p. 240-241; G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (6<sup>e</sup> éd. 2011), p. 776; McCamus, p. 587.)

[56] Bien que le recours en rectification ait depuis longtemps été limité aux cas d’erreur commune, la Cour en a étendu la portée dans *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 678, de façon qu’il s’applique aux cas d’erreur unilatérale.

[57] The rationale for the remedy is that no one should be allowed “to take unfair advantage of another’s mistake”: Lord Goff of Chieveley and Gareth Jones, *The Law of Restitution* (7th ed. 2007), at p. 299; see also Hall, at pp. 190-91. In accordance with this purpose, rectification “should not be circumscribed by anomalous or artificial rules, but should be applied where appropriate in order to give better effect to equitable doctrines”: I. C. F. Spry, *The Principles of Equitable Remedies* (9th ed. 2014), at p. 632.

[58] The test for rectification requires courts to assess the true intention of the parties:

In order for rectification to be available, it is necessary to identify a “true agreement” which precedes (and is not accurately recorded by) the written instrument. Such an agreement may itself be contained in a written instrument; but it may be oral, and need not itself have contractual force.

(*Snell’s Equity* (31st ed. 2005), by John McGhee, ed., at p. 332. See also Mitchell McInnes, *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution* (2014), at p. 820; Angela Swan and Jakub Adamski, *Canadian Contract Law* (3rd ed. 2012), at pp. 772-73; Goff and Jones, at p. 295; *Hart v. Boutilier* (1916), 56 D.L.R. 20 (S.C.C.), at pp. 621-22 and 630; *Mitchell v. MacMillan* (1980), 5 Sask. R. 160 (C.A.), at para. 8; *Reed Shaw Osler Ltd. v. Wilson* (1981), 17 Alta. L.R. (2d) 81 (C.A.), at p. 89; *Bryndon Ventures Inc. v. Bragg* (1991), 82 D.L.R. (4th) 383 (B.C.C.A.), at pp. 402-3; *Dynamex Canada Inc. v. Miller* (1998), 161 Nfld. & P.E.I.R. 97 (Nfld. C.A.), at para. 23; *Wasauksing First Nation v. Wasausink Lands Inc.* (2004), 184 O.A.C. 84, at para. 77.)

[59] Nor does the parties’ prior intention have to amount to a fully enforceable agreement: *Joscelyne v. Nissen*, [1970] 2 Q.B. 86 (C.A.), followed in *Peter Pan Drive-In Ltd. v. Flambro Realty Ltd.* (1978), 22 O.R. (2d) 291 (H.C.J.), aff’d (1980), 26 O.R. (2d) 746 (C.A.). As Brown J. (as he then was) explained in *Graymar Equipment (2008) Inc. v. Canada (Attorney General)* (2014), 97 Alta. L.R. (5th) 288 (Q.B.):

[57] La raison d’être du recours est que nul ne devrait pouvoir [TRADUCTION] « tirer injustement avantage de l’erreur d’autrui » : lord Goff of Chieveley et Gareth Jones, *The Law of Restitution* (7<sup>e</sup> éd. 2007), p. 299; voir aussi Hall, p. 190-191. C’est pourquoi la rectification [TRADUCTION] « devrait non pas être circonscrite par des règles incongrues ou artificielles, mais être appliquée au besoin en vue d’améliorer l’application des principes d’équité » : I. C. F. Spry, *The Principles of Equitable Remedies* (9<sup>e</sup> éd. 2014), p. 632.

[58] Le test de rectification exige des tribunaux qu’ils déterminent la véritable intention des parties :

[TRADUCTION] Pour qu’il y ait ouverture à rectification, il est nécessaire d’établir la « véritable entente » qui précède l’écrit (et n’y est pas consignée avec exactitude). Cette entente peut elle-même être constatée par écrit, mais elle peut être verbale et n’a nullement besoin d’avoir elle-même la force d’un contrat.

(*Snell’s Equity* (31<sup>e</sup> éd. 2005), par John McGhee, dir., p. 332. Voir aussi Mitchell McInnes, *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution* (2014), p. 820; Angela Swan et Jakub Adamski, *Canadian Contract Law* (3<sup>e</sup> éd. 2012), p. 772-773; Goff et Jones, p. 295; *Hart c. Boutilier* (1916), 56 D.L.R. 20 (C.S.C.), p. 621-622 et 630; *Mitchell c. MacMillan* (1980), 5 Sask. R. 160 (C.A.), par. 8; *Reed Shaw Osler Ltd. c. Wilson* (1981), 17 Alta. L.R. (2d) 81 (C.A.), p. 89; *Bryndon Ventures Inc. c. Bragg* (1991), 82 D.L.R. (4th) 383 (C.A. C.-B.), p. 402-403; *Dynamex Canada Inc. c. Miller* (1998), 161 Nfld. & P.E.I.R. 97 (C.A. T.-N.), par. 23; *Wasauksing First Nation c. Wasausink Lands Inc.* (2004), 184 O.A.C. 84, par. 77.)

[59] Il n’est pas non plus nécessaire que l’intention préalable des parties constitue une entente pleinement exécutoire : *Joscelyne c. Nissen*, [1970] 2 Q.B. 86 (C.A.), appliqué dans *Peter Pan Drive-In Ltd. c. Flambro Realty Ltd.* (1978), 22 O.R. (2d) 291 (H.C.J.), conf. par (1980), 26 O.R. (2d) 746 (C.A.). Comme l’a expliqué le juge Brown (maintenant juge de notre Cour) dans *Graymar Equipment (2008) Inc. c. Canada (Attorney General)* (2014), 97 Alta. L.R. (5th) 288 (B.R.) :

Rectification is available . . . even where the parties have not concluded an agreement, so long as there is sufficiently convincing evidence that the parties had arrived upon a common intention. [para. 36]

(See also *Snell's Equity* (33rd ed. 2015), by John McGhee, at pp. 424-25; McCamus, at p. 558; Waddams, at p. 243.)

[60] But the intention does have to be sufficiently clear and certain that courts can correct the error without resorting to speculation about what the parties had wanted to do in the first place: see *I.C.R.V. Holdings Ltd. v. Tri-Par Holdings Ltd.* (1994), 53 B.C.A.C. 72.

[61] While parties seeking rectification must provide evidence of what they actually intended, they are not required to provide “an expressed antecedent agreement in order to found a successful claim”: *Peter Pan Drive-In Ltd.*, at p. 296. Courts have long recognized that “the exact form of words in which the common intention is to be expressed is immaterial” (*McLean v. McLean* (2013), 118 O.R. (3d) 216 (C.A.), at para. 46, citing *Swainland Builders Ltd. v. Freehold Properties Ltd.*, [2002] EWCA Civ 560, at para. 34 (BAILII); see also *Co-operative Insurance Society Ltd. v. Centremoor Ltd.*, [1983] 2 E.G.L.R. 52 (C.A.), at p. 54, per Dillon L.J.; *Snell's Equity* (33rd ed. 2015), at pp. 426-37). In other words, as Professor Swan explains:

. . . it is “sufficient if [the party] establishes a common continuing intention in regard to the particular provision in question”. There is no need to hedge the remedy about with requirements that are no more than technical and to require precise agreement on every point in the actual agreement to prevent the court from giving relief where it is clearly justified in doing so to prevent injustice. [Footnote omitted; p. 773.]

[62] What matters instead is that the substance of the intention “can be ascertained with a reasonable level of comfort”: *Performance Industries*, at para. 47. In ascertaining these intentions, courts are free to make logical inferences based on the evidence

[TRADUCTION] Il y a ouverture à rectification [. . .] même si les parties n'ont conclu aucune entente, pourvu qu'il existe une preuve suffisamment convaincante de la volonté commune des parties. [par. 36]

(Voir aussi *Snell's Equity* (33<sup>e</sup> éd. 2015), par John McGhee, p. 424-425; McCamus, p. 558; Waddams, p. 243.)

[60] Cette intention doit cependant être assez claire et certaine pour que les tribunaux puissent corriger l'erreur sans avoir à conjecturer ce que les parties voulaient faire au départ : voir *I.C.R.V. Holdings Ltd. c. Tri-Par Holdings Ltd.* (1994), 53 B.C.A.C. 72.

[61] Bien que les parties qui sollicitent la rectification doivent produire la preuve de leur véritable intention, elles ne sont pas tenues de fournir [TRADUCTION] « une entente expresse antérieure pour que leur demande soit accueillie » : *Peter Pan Drive-In Ltd.*, p. 296. Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps que [TRADUCTION] « les termes exacts utilisés pour exprimer l'intention commune sont sans importance » (*McLean c. McLean* (2013), 118 O.R. (3d) 216 (C.A.), par. 46, citant *Swainland Builders Ltd. c. Freehold Properties Ltd.*, [2002] EWCA Civ 560, par. 34 (BAILII); voir également *Co-operative Insurance Society Ltd. c. Centremoor Ltd.*, [1983] 2 E.G.L.R. 52 (C.A.), p. 54, le lord juge Dillon; *Snell's Equity* (33<sup>e</sup> éd. 2015), p. 426-437). Autrement dit, comme l'explique la professeure Swan :

[TRADUCTION] . . . il « suffit que [la partie] établisse une intention commune constante à l'égard de la disposition précise en question ». Il n'est pas nécessaire de circonscrire la réparation par des exigences purement techniques ni d'exiger une entente précise sur chaque aspect de l'entente comme telle pour empêcher le tribunal d'accorder la réparation alors qu'il est manifestement fondé à le faire pour éviter une injustice. [Note en bas de page omise; p. 773.]

[62] En fait, ce qui importe, c'est « qu'il [soit] possible [de] dégager » la substance de l'intention « avec un degré de certitude raisonnable » : *Performance Industries*, par. 47. Pour établir cette intention, les tribunaux sont libres de tirer des conclusions logiques

before them. In *McLean*, for example, a husband and wife transferred property to their son and daughter-in-law. The wife later sought rectification of the memorandum of agreement that contained the terms of the transfer, claiming that the total purchase price was incorrect. The Ontario Court of Appeal rectified the memorandum even though it was not immediately obvious what the correct price was supposed to be. The court deduced the correct price based on “the totality of the evidence”, noting that “[o]nly when the related documents are considered as a whole does the intention of the parties emerge”: paras. 60 and 62. Similarly, in *Royal Bank of Canada v. El-Bris Ltd.* (2008), 92 O.R. (3d) 779 (C.A.), a business owner mistakenly signed a personal guarantee for \$700,000 and a collateral mortgage for the same amount, when he had only intended to create one debt obligation. The Ontario Court of Appeal allowed rectification of both the guaranteed loan and the mortgage based on the true intention of the parties, even though the mechanics of the necessary corrective transactions had never been previously set out.

[63] Whether a mistake is unilateral or mutual, rectification is, ultimately, an equitable remedy that seeks to give effect to the true intention of the parties, and prevent errors from causing windfalls. The doctrine is also “based on simple notions of relief against unjust enrichment”, namely, that it would be unfair to rigidly enforce an error that enriches one party at the expense of another: Waddams, at p. 240. As Professor Waddams notes, “[t]he doctrine is a far-reaching and flexible tool of justice” (p. 243). (See also McInnes, at pp. 820-21; Fridman, at pp. 782-83; *El-Bris*, at paras. 13 and 36; *McLean*, at para. 73; Patrick Hartford, “Clarifying the Doctrine of Rectification in Canada: A Comment on *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*” (2013), 54 *Can. Bus. L.J.* 87, at p. 88.)

[64] The common law principles of rectification were recently applied in *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, [2009] 1 S.C.R. 157. *Shafron* involved an employment contract that included a

au vu de la preuve dont ils disposent. Dans *McLean*, par exemple, un mari et sa femme ont transféré leur propriété à leur fils et à leur bru. La femme a ensuite demandé la rectification du protocole d’entente qui contenait les modalités du transfert au motif que le prix d’achat total était incorrect. La Cour d’appel de l’Ontario a rectifié le protocole d’entente même si le prix qui était censé y figurer n’était pas évident à première vue. La Cour d’appel a déduit le bon prix de [TRADUCTION] « l’ensemble de la preuve » et a indiqué que « [c]e n’est que lorsque les documents connexes sont examinés dans leur ensemble que l’intention des parties se dégage » : par. 60 et 62. De même, dans l’affaire *Royal Bank of Canada c. El-Bris Ltd.* (2008), 92 O.R. (3d) 779 (C.A.), le propriétaire d’une entreprise a signé par erreur une garantie personnelle pour 700 000 \$ ainsi qu’une hypothèque accessoire pour le même montant, alors qu’il voulait seulement créer une dette. La Cour d’appel de l’Ontario a accordé la rectification du prêt garanti et de l’hypothèque sur le fondement de la véritable intention des parties, même si les formalités des opérations correctives nécessaires n’avaient jamais été établies auparavant.

[63] Que l’erreur soit unilatérale ou commune, la rectification est, en définitive, une réparation d’équité qui vise à donner effet à la véritable intention des parties et à empêcher que des erreurs donnent lieu à des gains fortuits. La doctrine est aussi [TRADUCTION] « fondée sur de simples notions de réparation en matière d’enrichissement injustifié », à savoir qu’il serait injuste de donner effet, de façon rigide, à une erreur qui enrichit l’une des parties au détriment de l’autre : Waddams, p. 240. Comme le souligne le professeur Waddams, « [l]a doctrine est un outil de justice à la fois souple et de grande portée » (p. 243). (Voir également McInnes, p. 820-821; Fridman, p. 782-783; *El-Bris*, par. 13 et 36; *McLean*, par. 73; Patrick Hartford, « Clarifying the Doctrine of Rectification in Canada : A Comment on *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.* » (2013), 54 *Rev. can. dr. comm.* 87, p. 88.)

[64] Les principes de common law en matière de rectification ont récemment été appliqués dans *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, [2009] 1 R.C.S. 157. Cette affaire portait sur un

restrictive covenant, prohibiting Mr. Shafron from working as an insurance broker in the “Metropolitan City of Vancouver” for three years after his employment with KRG Western ended. “Metropolitan City of Vancouver” was not a legally defined term, but Mr. Shafron thought it referred to the City of Vancouver, while KRG Western thought it referred to the larger Greater Vancouver Regional District.

[65] KRG Western applied to rectify the contract by substituting “Greater Vancouver Regional District” for “Metropolitan City of Vancouver”, to prevent Mr. Shafron from working as an insurance broker in the suburb of Richmond. The Court held that rectification was unavailable because KRG Western could not establish that there had been a prior agreement in which “Metropolitan City of Vancouver” was defined in sufficiently precise terms.

[66] While I acknowledge that rectification seems most often to have been granted in the context of agreed upon terms having been *transcribed* incorrectly, since unjust enrichment can also result from a mistake in *carrying out* the intention of the parties, the remedy is also available to correct errors in implementation. Courts have, as a result, granted rectification where a corporate transaction was conducted in the wrong sequence (*GT Group Telecom Inc., Re* (2004), 5 C.B.R. (5th) 230 (Ont. S.C.J.)), where an underlying calculation in a contract was incorrect (*Oriole Oil & Gas Ltd. v. American Eagle Petroleum Ltd.* (1981), 27 A.R. 411 (C.A.)), and where the requisite steps of an amalgamation were not correctly carried out (*Prospera Credit Union, Re* (2002), 32 B.L.R. (3d) 145 (B.C.S.C.)).

[67] Whether the errors are in transcription or in implementation, courts may refuse to exercise their discretion where allowing rectification would prejudice the rights of third parties (*Wise v. Axford*, [1954] O.W.N. 822 (C.A.)). But the mere existence of a third party will not bar rectification. In *Augdome Corp. v. Gray*, [1975] 2 S.C.R. 354, this Court concluded that the presence of a third party is only

contrat de travail qui comportait une clause restrictive interdisant à M. Shafron de travailler à titre de courtier d’assurance dans « l’agglomération de la ville de Vancouver » pendant les trois années suivant son départ de KRG Western. L’expression « l’agglomération de la ville de Vancouver » n’était pas définie en droit, mais M. Shafron croyait qu’elle désignait la ville de Vancouver, alors que KRG Western estimait qu’elle visait le district régional de Vancouver.

[65] KRG Western a demandé que l’on rectifie le contrat en substituant les termes « district régional de Vancouver » aux termes « l’agglomération de la ville de Vancouver », afin d’empêcher M. Shafron de travailler comme courtier d’assurance dans la banlieue de Richmond. La Cour a conclu qu’il n’y avait pas ouverture à rectification parce que KRG Western ne pouvait démontrer l’existence d’une entente préalable définissant l’expression « l’agglomération de la ville de Vancouver » en termes suffisamment précis.

[66] Je reconnais que l’on semble avoir le plus souvent accordé la rectification dans des cas où les modalités convenues avaient été mal *transcrites*, puisque l’enrichissement injustifié peut également résulter d’une erreur dans la *réalisation* de l’intention des parties, mais on peut aussi recourir à la rectification pour corriger les erreurs de mise en œuvre. Les tribunaux ont donc accordé la rectification demandée lorsqu’une transaction commerciale a été exécutée dans le mauvais ordre (*GT Group Telecom Inc., Re* (2004), 5 C.B.R. (5th) 230 (C.S.J. Ont.)), lorsqu’une erreur de calcul sous-jacente au contrat a été commise (*Oriole Oil & Gas Ltd. c. American Eagle Petroleum Ltd.* (1981), 27 A.R. 411 (C.A.)), et lorsque les étapes nécessaires d’une fusion ont été mal suivies (*Prospera Credit Union, Re* (2002), 32 B.L.R. (3d) 145 (C.S. C.-B.)).

[67] Que l’erreur réside dans la transcription ou dans la mise en œuvre, les tribunaux peuvent refuser d’exercer leur pouvoir discrétionnaire si la rectification serait préjudiciable aux droits des tiers (*Wise c. Axford*, [1954] O.W.N. 822 (C.A.)). Toutefois, la simple présence d’un tiers ne fait pas obstacle à la rectification. Dans l’arrêt *Augdome Corp. c. Gray*, [1975] 2 R.C.S. 354, la Cour a conclu que la

a bar to rectification where the third party has actually relied on the flawed agreement. This principle was subsequently explained by Gray J. in *Consortium Capital Projects Inc. v. Blind River Veneer Ltd.* (1988), 63 O.R. (2d) 761 (H.C.J.), at p. 766, aff'd (1990), 72 O.R. (2d) 703 (C.A.): "... the proper test is whether the third party relied on the document as executed and took action based on that document". (See also McCamus, at p. 595; Spry, at pp. 630-31; *Kolias v. Owners: Condominium Plan 309 CDC* (2008), 440 A.R. 389 (C.A.); *Carlson, Carlson and Hettrick v. Big Bud Tractor of Canada Ltd.* (1981), 7 Sask. R. 337 (C.A.), at paras. 24-26.)

[68] This is consistent with one of the underlying purposes of rectification, namely to prevent unjust enrichment: Waddams, at p. 240; *El-Bris*, at paras. 13 and 36; *McLean*, at para. 73. Just as rectification can prevent one party from enforcing an error and being unjustly enriched by the other's mistake, rectification can also prevent a third party who has not relied on the agreement from enforcing a mistake and receiving a windfall. This theory was on display in *Love v. Love*, [2013] 5 W.W.R. 662 (Sask. C.A.). The Saskatchewan Court of Appeal allowed the rectification of a life insurance contract, in which a husband had designated his wife as the beneficiary of his life insurance policy. When the couple divorced, the husband completed a new form to designate his son as the policy's beneficiary instead of his former wife. He filled the paperwork out incorrectly. After he died, the former wife and the son both attempted to claim the proceeds of the insurance policy. The court rectified the contract to reflect what it saw as the husband's true intention, namely to designate his son as the beneficiary.

[69] This brings us to the tax context.

[70] Allowing the tax authorities, a third party, to profit from legitimate tax planning errors, when its own rights have not been prejudiced in any way, amounts to unjust enrichment. Businesses and individuals are legally entitled to structure their affairs in a way that minimizes their tax burden. The General

présence d'un tiers ne fait obstacle à la rectification que si le tiers en question s'est effectivement fondé sur l'entente erronée. Le juge Gray a ultérieurement expliqué ce principe dans la décision *Consortium Capital Projects Inc. c. Blind River Veneer Ltd.* (1988), 63 O.R. (2d) 761 (H.C.J.), p. 766, conf. par (1990), 72 O.R. (2d) 703 (C.A.) : [TRADUCTION] « ... le critère applicable est celui de savoir si le tiers s'est fondé sur le document signé et s'il a agi sur la foi de ce document ». (Voir aussi McCamus, p. 595; Spry, p. 630-631; *Kolias c. Owners : Condominium Plan 309 CDC* (2008), 440 A.R. 389 (C.A.); *Carlson, Carlson and Hettrick c. Big Bud Tractor of Canada Ltd.* (1981), 7 Sask. R. 337 (C.A.), par. 24-26.)

[68] Ce principe respecte l'un des objectifs sous-jacents de la rectification, à savoir prévenir l'enrichissement injustifié : Waddams, p. 240; *El-Bris*, par. 13 et 36; *McLean*, par. 73. La rectification peut empêcher une partie de donner effet à une erreur et de s'enrichir injustement parce que l'autre partie s'est trompée, tout comme elle peut empêcher un tiers qui ne s'est pas fié sur l'entente de donner effet à une erreur et d'en tirer profit. Cette théorie a été exposée dans l'arrêt *Love c. Love*, [2013] 5 W.W.R. 662 (C.A. Sask.). La Cour d'appel de la Saskatchewan a autorisé la rectification d'un contrat d'assurance-vie dans lequel le mari avait désigné son épouse à titre de bénéficiaire. Lorsque le couple a divorcé, le mari a rempli un nouveau formulaire afin de désigner son fils plutôt que son ex-épouse à titre de bénéficiaire. Il s'est trompé en remplissant le document. Après son décès, son ex-femme et son fils ont tous deux réclamé le produit de la police d'assurance. La cour a rectifié le contrat pour qu'il exprime ce qu'elle estimait être la véritable intention du mari, soit désigner son fils comme bénéficiaire.

[69] Passons maintenant au contexte fiscal.

[70] Permettre aux autorités fiscales, une tierce partie, de tirer profit des erreurs commises dans une planification fiscale légitime, alors qu'il n'a été nullement porté atteinte à ses droits, équivaut à un enrichissement injustifié. Les entreprises et les particuliers ont légalement le droit d'organiser

Anti-Avoidance Rule in s. 245 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), for example, permits transactions that are primarily designed to avoid taxes so long as they do not circumvent the *Act* in an abusive manner: *Cophorne Holdings Ltd. v. Canada*, [2011] 3 S.C.R. 721, at para. 32. There is, as a result, an inherent unfairness in enforcing errors in transcription or implementation that result in allowing the tax authorities to collect a windfall.

[71] It is true that a taxpayer should expect to be taxed based on what is actually done, not based on what could have been done (*Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, at para. 45), but this principle does not deprive equity of a role where what a party or parties genuinely intended to do was transcribed *or* implemented incorrectly.

[72] On the other hand, parties should not be given *carte blanche* to exploit rectification for purposes of engaging in retroactive tax planning. Courts will not permit parties to undo decisions simply because they have come to regret them later. Allowing parties to rewrite documents and restructure their affairs based solely on a generalized and all-encompassing preference for paying lower taxes is not consistent with the equitable principles that inform rectification.

[73] As the trial judge noted in *Kanji v. Canada (Attorney General)* (2013), 114 O.R. (3d) 1 (S.C.J.), “[t]ax-driven claims for rectification must be approached with care since common sense tells us that most taxpayers would like to minimize the amount of tax they must pay to the government”: para. 36. The British Columbia Court of Appeal expressed similar views in *Pallen Trust, Re* (2015), 385 D.L.R. (4th) 499, when it said:

Carrying out a fact-focussed analysis should ensure that the “social evil” of aggressive tax avoidance can, where it is just to do so, be appropriately disincentivized, and

leurs affaires de manière à réduire le plus possible leur fardeau fiscal. La règle générale anti-évitement prévue à l’art. 245 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), par exemple, permet les opérations qui visent avant tout à éviter l’impôt, pour autant qu’elles ne contournent pas la *Loi* de manière abusive : *Cophorne Holdings Ltd. c. Canada*, [2011] 3 R.C.S. 721, par. 32. Il est donc intrinsèquement inéquitable de donner effet à une erreur de transcription ou de mise en œuvre qui permettrait aux autorités fiscales de réaliser un gain fortuit.

[71] Certes, le contribuable doit s’attendre à être imposé en fonction de ce qu’il a fait, et non de ce qu’il aurait pu faire (*Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, par. 45), mais ce principe n’empêche pas l’équité de jouer un rôle lorsque la véritable intention d’une ou des parties a été mal transcrite *ou* réalisée.

[72] Par contre, les parties ne devraient pas pouvoir recourir sans restriction à la rectification pour procéder à une planification fiscale rétroactive. Les tribunaux ne permettront pas aux parties de revenir sur leurs décisions simplement parce qu’elles les regrettent après coup. Le fait de permettre aux parties de réécrire des documents et de réorganiser leurs affaires simplement parce qu’elles préfèrent généralement et globalement payer moins d’impôt n’est pas compatible avec les principes d’équité qui régissent la rectification.

[73] Comme l’a signalé le juge de première instance dans la décision *Kanji c. Canada (Attorney General)* (2013), 114 O.R. (3d) 1 (C.S.J.), [TRADUCTION] « [i]l faut aborder avec prudence les demandes de rectification fondées sur des raisons fiscales, car le bon sens nous indique que la plupart des contribuables aimeraient réduire le plus possible l’impôt à payer au gouvernement » : par 36. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a exprimé des opinions semblables dans *Pallen Trust, Re* (2015), 385 D.L.R. (4th) 499 :

[TRADUCTION] Une analyse axée sur les faits devrait permettre d’enrayer le « fléau social » qu’est l’évitement fiscal agressif, lorsqu’il est juste de le faire, tout en ne

on the other hand that where the taxpayer's conduct has been reasonable . . . he or she is not unfairly penalized . . . [para. 53]

[74] How then should rectification be seen in the tax context? In my view, the two most helpful common law cases on rectification in the tax context were decided by the Ontario Court of Appeal. In *771225 Ontario Inc. v. Bramco Holdings Co.* (1995), 21 O.R. (3d) 739 (C.A.), a purchaser utilized a company she owned to buy property, intending to minimize her personal income tax. She erroneously thought that her company was an Ontario company and assumed that she would pay the residential land transfer tax rate of 2 percent. The company, it turned out, was subject to the higher rate of 20 percent. This mistake resulted in a liability of \$1.7 million instead of \$84,745. The court denied rectification on the grounds that this was an “attemp[t] to rewrite history in order to obtain more favourable tax treatment” (p. 742). The purchaser intended the transaction to minimize her income tax — which it did — and was simply caught off-guard by land transfer tax consequences.

[75] A different result occurred in *Canada (Attorney General) v. Juliar* (2000), 50 O.R. (3d) 728 (C.A.). Two couples co-owned a company through which they operated a convenience store chain. They decided to split the business into two separate corporations so that each couple could operate independently. They mistakenly believed, based on an erroneous assumption by their tax advisor, that this would not trigger any immediate income taxes. When it did, they applied for rectification. Austin J.A. granted the remedy, stating:

. . . the true agreement between the parties here was the acquisition of the half interest in the . . . tobacco business . . . in a manner that would not attract immediate liability for income tax.

pénalisant pas injustement le contribuable dont le comportement est raisonnable . . . [par. 53]

[74] Comment alors la rectification devrait-elle être vue dans le domaine fiscal? À mon avis, les deux affaires de common law les plus instructives en la matière ont été tranchées par la Cour d'appel de l'Ontario. Dans *771225 Ontario Inc. c. Bramco Holdings Co.* (1995), 21 O.R. (3d) 739 (C.A.), une femme avait acquis un bien immeuble en se servant d'une société dont elle était propriétaire, car elle voulait réduire le plus possible son impôt sur le revenu. Croyant à tort qu'il s'agissait d'une société ontarienne, elle a présumé qu'elle paierait le taux d'imposition de 2 pour 100 applicable aux cessions de biens-fonds affectés à l'habitation. Il s'est avéré que la société était assujettie à un taux de 20 pour 100. Cette erreur s'est traduite par une dette de 1,7 million de dollars plutôt que de 84 745 dollars. La cour a refusé la rectification au motif qu'il s'agissait d'une [TRADUCTION] « tentative de réécrire l'histoire afin d'obtenir un traitement fiscal plus favorable » (p. 742). L'acheteuse voulait que cette opération génère le moins d'impôt possible sur son revenu — ce qui s'est produit — et a simplement été prise de court par les droits de cession immobilière qui en ont résulté.

[75] La Cour d'appel est parvenue à un résultat différent dans l'arrêt *Canada (Attorney General) c. Juliar* (2000), 50 O.R. (3d) 728. Deux couples exploitaient une chaîne de dépanneurs par l'entremise d'une société dont ils étaient copropriétaires. Ils ont décidé de séparer l'entreprise entre deux sociétés distinctes de sorte que chaque couple puisse agir de façon indépendante. Ils ont cru à tort, sur le fondement d'une prémisse erronée de leur conseiller fiscal, que l'opération ne générerait sur-le-champ aucun impôt sur le revenu. Constatant qu'elle en générerait un, ils ont présenté une demande de rectification. Le juge Austin a accueilli la demande, affirmant ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . la véritable entente intervenue entre les parties en l'espèce portait sur l'acquisition de la moitié de la participation dans [. . .] l'entreprise de tabac [. . .] d'une manière qui ne génère immédiatement aucun impôt sur le revenu.

... The plain and obvious fact ... is that the proposed division had to be carried out on a no immediate tax basis or not at all. [paras. 25 and 27]

[76] The Court of Appeal distinguished this case from *Bramco* on the grounds that the couples' intention to avoid income tax was a primary and continuing objective of the transaction, whereas in *Bramco* the concern over the land transfer tax arose only after the transaction had been completed.

[77] I am aware that this distinction has attracted some negative commentary: Lionel Smith, "Can I Change My Mind? Undoing Trustee Decisions" (2008), 27 *E.T.P.J.* 284, at pp. 289-90; Swan and Adamski, at pp. 768-69. But in my view, the Court of Appeal's decision to allow rectification in *Juliar* can easily be explained by — and flows seamlessly from — the factual findings of the Application Judge in that case. In particular, the decision to grant rectification resulted from the factual finding that the Juliars had a continuing, ascertainable intention to pursue the transaction on a tax-free basis or not at all. Seen in this way, *Juliar* did not relax the standards for rectification in the tax context. Rather, it represents a straightforward application of the test for rectification: see Joel Nitikman, "Many Questions (and a Few Possible Answers) About the Application of Rectification in Tax Law" (2005), 53 *Can. Tax J.* 941, at p. 963.

[78] Nor do I accept the floodgates concern that courts will be unable to distinguish between legitimate mistakes and attempts at retroactive tax planning. Those courts which have applied *Juliar* appear to have very comfortably recognized the distinction. Sometimes rectification was granted (see *McPeake v. Canada (Attorney General)*, [2012] 4 C.T.C. 203 (B.C.S.C.), at paras. 21-22 and 46; *Slate Management Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2016 ONSC 4216, at paras. 10 and 16 (CanLII); *Fraser Valley Refrigeration, Re*, [2009] 6 C.T.C. 73 (B.C.S.C.), at paras. 22-24 and 48, aff'd (2009), 280 B.C.A.C. 317). But at other times, it was denied

... De toute évidence [...] le partage proposé devait être réalisé sans conséquence fiscale immédiate, ou ne pas être réalisé du tout. [par. 25 et 27]

[76] La Cour d'appel a établi une distinction entre cette affaire et *Bramco*, expliquant que, dans le premier cas, l'intention des couples d'échapper à l'impôt sur le revenu était l'objectif premier et continu de l'opération, alors que dans l'affaire *Bramco*, la question des droits de cession immobilière ne s'est posée qu'une fois l'opération menée à terme.

[77] Je sais que cette distinction a suscité quelques commentaires négatifs : Lionel Smith, « Can I Change My Mind? Undoing Trustee Decisions » (2008), 27 *E.T.P.J.* 284, p. 289-290; Swan et Adamski, p. 768-769. J'estime toutefois que la décision de la Cour d'appel d'autoriser la rectification dans *Juliar* s'explique facilement par les conclusions de fait du juge saisi de la demande et découle naturellement de ces conclusions. En particulier, la décision d'accorder la rectification repose sur la conclusion de fait que les Juliars avaient l'intention constante et déterminable de réaliser l'opération sans incidences fiscales, ou de ne pas la réaliser du tout. Vu sous cet angle, l'arrêt *Juliar* n'a pas assoupli les normes d'application de la rectification dans le domaine fiscal. Il s'agit plutôt d'un cas d'application pure et simple du test de rectification : voir Joel Nitikman, « Many Questions (and a Few Possible Answers) About the Application of Rectification in Tax Law » (2005), 53 *Rev. fisc. can.* 941, p. 963.

[78] Je ne crois pas non plus que les tribunaux seront submergés par les demandes et incapables de faire la distinction entre les erreurs légitimes et les tentatives de planification fiscale rétroactive. Les tribunaux qui ont appliqué l'arrêt *Juliar* semblent avoir reconnu fort aisément cette distinction. La rectification a parfois été accordée (voir *McPeake c. Canada (Attorney General)*, [2012] 4 C.T.C. 203 (C.S. C.-B.), par. 21-22 et 46; *Slate Management Corp. c. Canada (Attorney General)*, 2016 ONSC 4216, par. 10 et 16 (CanLII); *Fraser Valley Refrigeration, Re*, [2009] 6 C.T.C. 73 (C.S. C.-B.), par. 22-24 et 48, conf. par (2009), 280 B.C.A.C. 317). Mais elle a été

because, while the parties had a general desire to minimize their tax burden, they could not prove that the tax objective was an intended and fundamental aspect of the transaction: *Birch Hill Equity Partners Management Inc. v. Rogers Communications Inc.* (2015), 128 O.R. (3d) 1 (S.C.J.), at paras. 32 and 40-41; *Binder v. Saffron Rouge Inc.* (2008), 89 O.R. (3d) 54 (S.C.J.), at paras. 16-18 and 22-25; *Re: Aboriginal Diamonds Group*, 2007 NWTSC 37, at paras. 38-43 (CanLII); *Zhang v. Canada (Attorney General)*, 2015 DTC 5084 (B.C.S.C.), at paras. 21 and 34; *Husky Oil Operations Ltd. v. Saskatchewan (Minister of Finance)* (2014), 443 Sask. R. 172 (Q.B.), at paras. 417 and 424-25; *JAFT Corp. v. Jones* (2014), 304 Man. R. (2d) 86 (Q.B.), at paras. 31, 39 and 43-44, aff'd (2015), 323 Man. R. (2d) 57 (C.A.); *Capstone Power Corp. v. 1177719 Alberta Ltd.*, 2016 BCSC 1274, at paras. 27-54 (CanLII); *Kanji*, at paras. 22 and 33.

[79] This brings us to this Court's most recent, and in my view most pertinent, discussion of rectification in the tax context in the companion appeals of *AES* and *Riopel*: *Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc.*, [2013] 3 S.C.R. 838. Although LeBel J. expressly declined to comment on *Juliar* because he was applying the *Civil Code of Québec*, he took an approach to the rectification of tax planning errors consistent with *Juliar*.

[80] In *AES*, the company underwent a reorganization which involved transferring 25 percent of its shares to a subsidiary. It intended that this transaction be tax-neutral, but *AES*'s advisors made an error when calculating the value of the shares, resulting in a large, unintended, and entirely avoidable tax liability. Similarly, in the companion appeal of *Riopel*, a couple attempted to amalgamate two companies. To minimize taxes, they structured the amalgamation in a particular sequence of transactions that involved selling shares, and issuing new shares and promissory notes. The couple's tax advisors erroneously enacted the sequence out of order, resulting in a significant tax liability. LeBel J. explained that under the *Code*, if the true intention is

refusée dans d'autres cas lorsque les parties, qui souhaitaient de façon générale réduire au minimum leur fardeau fiscal, n'avaient pu démontrer que l'objectif fiscal constituait un aspect délibéré et fondamental de l'opération (*Birch Hill Equity Partners Management Inc. c. Rogers Communications Inc.* (2015), 128 O.R. (3d) 1 (C.S.J.), par. 32 et 40-41; *Binder c. Saffron Rouge Inc.* (2008), 89 O.R. (3d) 54 (C.S.J.), par. 16-18 et 22-25; *Re : Aboriginal Diamonds Group*, 2007 NWTSC 37, par. 38-43 (CanLII); *Zhang c. Canada (Attorney General)*, 2015 DTC 5084 (C.S. C.-B.), par. 21 et 34; *Husky Oil Operations Ltd. c. Saskatchewan (Minister of Finance)* (2014), 443 Sask. R. 172 (B.R.), par. 417 et 424-425; *JAFT Corp. c. Jones* (2014), 304 Man. R. (2d) 86 (B.R.), par. 31, 39 et 43-44, conf. par (2015), 323 Man. R. (2d) 57 (C.A.); *Capstone Power Corp. c. 1177719 Alberta Ltd.*, 2016 BCSC 1274, par. 27-54 (CanLII); *Kanji*, par. 22 et 33).

[79] Cela nous amène à l'analyse la plus récente et, selon moi, la plus pertinente à laquelle la Cour s'est livrée sur la rectification en matière fiscale dans les pourvois connexes *AES* et *Riopel* (*Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.*, [2013] 3 R.C.S. 838). Bien que le juge LeBel ait expressément refusé de commenter l'arrêt *Juliar* parce qu'il appliquait le *Code civil du Québec*, l'approche qu'il a adoptée à l'égard de la rectification des erreurs de planification fiscale s'accorde avec cet arrêt.

[80] Dans l'affaire *AES*, la société a fait l'objet d'une restructuration dans le cadre de laquelle elle avait convenu de céder 25 pour 100 de ses actions à une filiale. Elle voulait que l'opération n'entraîne aucune incidence fiscale, mais ses conseillers ont commis une erreur en calculant la valeur des actions, de sorte qu'elle s'est retrouvée avec une obligation fiscale importante, non voulue et entièrement évitable. De même, dans l'affaire connexe *Riopel*, un couple cherchait à fusionner deux sociétés. Afin de réduire le plus possible l'impôt à payer, ils ont prévu accomplir la fusion selon un ordre donné d'opérations comprenant la vente d'actions et l'émission de nouvelles actions et de billets à ordre. Les conseillers fiscaux du couple ont procédé sans suivre l'ordre donné, ce

erroneously expressed in writing, courts will rectify the mistake as long as the intention was sufficiently precise:

... the dispute in the two appeals before us necessarily concerns the [Agence du revenu du Québec] and the [Canada Revenue Agency]. Because of their situations, it must be asked whether they can rely on acquired rights to have an erroneous writing continue to apply even though the existence of an error has been established and it has been shown that the documents filed with the tax authorities are inconsistent with the parties' true intention.

... For now, therefore, what must be determined is the true nature of the operations transacted in *AES* and *Riopel*. . . . This Court must decide whether the parties' juridical acts, which led to the notices of assessment, are consistent with their true common intention and whether the tax authorities are entitled to have an erroneous declaration of intention continue to apply. [paras 44-46]

[81] Rectification was granted in both *AES* and *Riopel* based on these principles. As LeBel J. explained, "the agreements between the parties in both appeals were validly formed in that . . . they provided for obligations whose objects were sufficiently determinable": para. 54.

[82] LeBel J. concluded that "the tax authorities do not have an acquired right to benefit from an error made by the parties to a contract after the parties have corrected the error by mutual consent": *AES*, at para. 52. In other words, the tax authorities were not entitled to get a windfall from the errors. But he also warned that these principles do not allow parties to engage in retroactive tax planning:

Taxpayers should not view this recognition of the primacy of the parties' internal will — or common intention — as an invitation to engage in bold tax planning on the assumption that it will always be possible for them to redo their contracts retroactively should that planning fail. [para. 54]

qui a entraîné une obligation fiscale importante. Le juge LeBel a expliqué que, selon le *Code*, lorsque la véritable intention est mal exprimée par écrit, les tribunaux corrigeront l'erreur pour autant que l'intention soit suffisamment précise :

... le débat en cours dans les deux appels que nous examinons concerne nécessairement l'[Agence du revenu du Québec] et l'[Agence du revenu du Canada]. En raison de leur position, il faut se demander si elles peuvent invoquer des droits acquis au maintien d'un écrit erroné, même si l'existence d'une erreur est établie et s'il est démontré que les documents transmis au fisc ne correspondent pas à la volonté réelle des parties.

... Il faut donc pour l'instant déterminer la nature réelle des opérations effectuées dans les affaires *AES* et *Riopel*. [. . .] Notre Cour doit décider si les actes juridiques accomplis par les parties et qui sont à l'origine des avis de cotisation correspondent à l'intention réelle commune des parties et si le fisc a droit au maintien d'une déclaration de volonté erronée. [par. 44-46]

[81] Partant de ces principes, la Cour a accordé la rectification tant dans *AES* que dans *Riopel*. Comme l'a expliqué le juge LeBel, « dans les deux appels, les ententes entre les parties s'étaient valablement formées, puisqu'elles prévoyaient des obligations aux objets suffisamment déterminables » (par. 54).

[82] Le juge LeBel a conclu que « le fisc ne possède pas de droit acquis au bénéfice d'une erreur que les parties à un contrat auraient commise, puis corrigée de consentement mutuel » (*AES*, par. 52). En d'autres termes, le fisc ne pouvait tirer un gain fortuit des erreurs. Or, il a également souligné que ces principes n'autorisent pas les parties à se lancer dans une planification fiscale rétroactive :

En effet, les contribuables ne devraient pas interpréter cette reconnaissance de la primauté de la volonté interne — ou intention commune — des parties comme une invitation à se lancer dans des planifications fiscales audacieuses, en se disant qu'il leur sera toujours possible de refaire leurs contrats rétroactivement en cas d'échec de ces planifications. [par. 54]

[83] The requirements for rectification in the tax context articulated in *AES* are, in my respectful view, functionally equivalent to the test under the common law. Civil law and common law rectification in the tax context are clearly based on analogous principles, namely, that the true intention of the parties has primacy over errors in the transcription or implementation of that agreement, subject to a need for precision and the rights of third parties who detrimentally rely on the agreement.

[84] That means that there is no principled basis in either the common or civil law for a stricter standard in the tax context simply because it is the government which is positioned to benefit from a mistake. The tax department is not entitled to play “Gotcha” any more than any other third party who did not rely to its detriment on the mistake.

[85] Notably, both *AES* and *Riopel* involved errors of implementation: the error in *AES* was a faulty calculation and the error in *Riopel* was that a complex transaction was conducted in the wrong sequence. The application of rectification in these circumstances clearly confirms that rectification is *not* confined only to correcting terms that were omitted, accidentally added, or articulated incorrectly in a written document, but is no less available when the parties’ true intention is erroneously implemented.

[86] In the case before us, as the Application Judge noted, this was not a situation where Fairmont merely misapprehended the consequences of unwinding the reciprocal loan structure with a share redemption. Newbould J. made explicit findings of fact that Fairmont had a continuing intention *never* to unwind the reciprocal loan structure by redeeming the preferred shares, because doing so would trigger taxable exchange gains or losses. The parties, he concluded, were aware that unwinding the reciprocal loan structure with a share redemption would trigger a substantial tax liability, and expressly agreed in emails and in-person discussions that “no redemption of the preferred shares should occur at any time”. They agreed to decide at a later date what

[83] Les conditions de rectification en matière fiscale qui sont énoncées dans *AES* sont, à mon humble avis, fonctionnellement équivalentes au critère de la common law. La rectification en droit civil et celle en common law dans le domaine fiscal sont manifestement fondées sur des principes analogues, à savoir que la véritable intention des parties l’emporte sur les erreurs de transcription ou de mise en œuvre de l’entente en question, sous réserve des précisions nécessaires et des droits des tiers qui se fondent à leur détriment sur l’entente.

[84] Ainsi, aucune raison de principe ne permet, en common law ou en droit civil, d’imposer une norme plus stricte dans le domaine fiscal du simple fait que c’est le gouvernement qui pourrait bénéficier d’une erreur. Le fisc ne peut pas plus jouer à « *Gotcha* » que n’importe quel autre tiers qui ne s’est pas fondé à son détriment sur l’erreur.

[85] Signalons que les affaires *AES* et *Riopel* portaient toutes deux sur des erreurs de mise en œuvre : dans *AES*, l’erreur tenait à un mauvais calcul, et dans *Riopel*, à l’ordre erroné dans lequel on avait procédé à une opération complexe. L’application de la rectification dans ces circonstances confirme clairement que cette réparation *ne* permet *pas* uniquement de corriger les modalités qui ont été omises, ajoutées par inadvertance ou formulées incorrectement dans un document écrit, mais qu’elle s’applique tout autant lorsque la véritable intention des parties a été mal réalisée.

[86] Dans l’affaire qui nous occupe, comme l’a souligné le juge saisi de la demande, Fairmont ne s’est pas simplement méprise sur les conséquences qu’occasionnerait le dénouement de la structure de prêts réciproques au moyen d’un rachat d’actions. Le juge Newbould a expressément tiré la conclusion de fait que Fairmont avait toujours eu l’intention de ne *jamais* dénouer cette structure en rachetant les actions privilégiées, parce que cela entraînerait des gains ou des pertes sur change imposables. Les parties, a-t-il conclu, savaient qu’en dénouant la structure de prêts réciproques par un rachat d’actions, elles se retrouveraient avec une importante obligation fiscale, et elles avaient expressément convenu, par des échanges de courriels et en personne,

the exact mechanics of unwinding the reciprocal loan structure in a tax-neutral way would be.

[87] Relying on this evidence, Newbould J. concluded that

there was a continuing intention on the part of Fairmont from the time of the 2002 loan arrangements with Legacy that the loan arrangements would be carried out with a view to being tax and accounting neutral *and a continuing intention from the time of the 2006 transaction in which control of Fairmont passed to the purchaser of its shares that the preference shares of [Fairmont's subsidiaries] would not be redeemed in light of the modified plan that was carried out at that time.*

I also think a fair conclusion from the evidence . . . that when the 2006 transaction was undertaken, Fairmont had an intent that at some point in the future they would have to deal with the unhedged position of [Fairmont's subsidiaries] in a way that would be tax and accounting neutral although they had no specific plan as to how they would do that. [Emphasis added.]

((2014), 123 O.R. (3d) 241, at paras. 32-33)

[88] Newbould J. was accordingly satisfied that Fairmont had an unwavering intention to unwind the reciprocal loan structure in a way that ensured that any foreign exchange gains and losses would be offset against each other:

In this case, the intention of Fairmont from 2002 was to carry out the reciprocal loan arrangements with Legacy on a tax and accounting neutral basis so that any foreign exchange gain would be offset by a corresponding foreign exchange loss. When control of Fairmont changed in 2006, that intention did not change and when the loan unwind occurred in 2007, that intention did not change. . . .

I do not see this as a case in which tax planning has been done on a retroactive basis after a [Canada Revenue Agency] audit. The purpose of the 2007 unwind of the loans was not to redeem the preference shares of [Fairmont's subsidiaries], but to unwind the loans on a

[TRADUCTION] « [qu']aucun rachat des actions privilégiées ne devait avoir lieu à quelque moment que ce soit ». Elles avaient convenu de décider plus tard des mécanismes précis par lesquels elles dénoueraient la structure de prêts réciproques sans incidences fiscales.

[87] S'appuyant sur ces éléments de preuve, le juge Newbould a conclu :

[TRADUCTION] . . . à la présence d'une intention constante, de la part de Fairmont, dès la conclusion des contrats de prêts avec Legacy en 2002, que l'exécution de ces contrats n'ait aucune incidence fiscale ou comptable, ainsi qu'à une intention constante, à compter de l'opération par laquelle le contrôle de Fairmont est passé à l'acquéreur de ses actions, en 2006, que les actions privilégiées [des filiales de Fairmont] ne seraient pas rachetées eu égard au plan modifié qui était alors en voie de réalisation.

En toute équité, je crois pouvoir aussi conclure de la preuve [. . .] qu'en 2006, au moment de procéder à l'opération, Fairmont entendait régler ultérieurement le problème de la position non couverte de [ses filiales] sans incidences fiscales ou comptables, tout en n'ayant aucune idée précise de la façon dont elle s'y prendrait. [Italiques ajoutés.]

((2014), 123 O.R. (3d) 241, par. 32-33)

[88] Le juge Newbould était donc convaincu que Fairmont avait fait preuve d'une intention inébranlable de dénouer la structure de prêts réciproques de façon à ce qu'il y ait compensation entre les gains et les pertes sur change :

[TRADUCTION] En l'espèce, l'intention de Fairmont était, depuis 2002, d'exécuter les contrats de prêts réciproques conclus avec Legacy sans incidences fiscales ou comptables, de sorte que tous les gains sur change soient compensés par les pertes sur change correspondantes. Lorsque le contrôle de Fairmont a changé de mains, en 2006, cette intention est restée la même, et lorsque le dénouement des prêts a été réalisé, en 2007, cette intention est restée la même. . . .

Je ne considère pas que nous sommes en présence d'une affaire où l'on se serait livré rétroactivement à une planification fiscale après une vérification de l'[Agence du revenu du Canada]. L'objet du dénouement des prêts réalisé en 2007 n'était pas de racheter les actions privilégiées

tax-free basis. The redemption of the preference shares was mistakenly chosen as the means to do so. [paras. 42-43]

[89] This means that Fairmont was not attempting to change its original intention because of unanticipated tax consequences. It *had* anticipated the tax consequences of unwinding the reciprocal loan structure with a preferred share redemption, and it rejected this course of action.

[90] Fairmont was found by Newbould J. to have always had a clear, continuing intention to unwind the reciprocal loan structure on a tax-neutral basis and never to redeem the preferred shares. But, by mistake, the preferred share redemption terms were included in the directors' resolutions. This is exactly the kind of mistake rectification exists to remedy. Once Newbould J. was satisfied of the true intention of the parties, he was entitled to give effect to it by allowing the replacement loan arrangement terms to be inserted into the directors' resolutions.

[91] To require an exhaustive account of how the transaction was supposed to have proceeded would amount to imposing a uniquely high threshold for rectification in the tax context. As Newbould J. explained, denying the application to rectify the agreement in these circumstances would "give [the Canada Revenue Agency] an unintended gain because of the mistake": para. 44. There is no basis for permitting a windfall to the Canada Revenue Agency that no other third party would have been entitled to.

[92] I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal allowed with costs, ABELLA and CÔTÉ JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the respondents: McCarthy Tétrault, Toronto.*

des [filiales de Fairmont], mais de dénouer les prêts sans incidences fiscales. C'est par erreur que l'on a choisi de le faire par le rachat des actions privilégiées. [par. 42-43]

[89] Cela signifie que Fairmont ne tentait pas de s'écarter de son intention initiale à cause de conséquences fiscales imprévues. Elle *avait* prévu les conséquences fiscales d'un dénouement de la structure de prêts réciproques par le rachat des actions privilégiées, et elle avait rejeté cette démarche.

[90] Selon le juge Newbould, Fairmont a plutôt toujours eu l'intention claire de dénouer la structure de prêts réciproques sans incidences fiscales et n'a jamais eu l'intention de racheter les actions privilégiées. Or, par erreur, les modalités de rachat des actions privilégiées ont été incluses dans les résolutions adoptées par les administrateurs. C'est exactement le genre d'erreur que la rectification vise à corriger. Une fois que le juge Newbould a été convaincu de la véritable intention des parties, il avait le droit de lui donner effet en permettant que les modalités de remplacement du contrat de prêt soient insérées dans les résolutions des administrateurs.

[91] Exiger une description détaillée de la manière dont l'opération était censée se dérouler reviendrait à imposer un seuil exceptionnellement élevé de rectification dans le domaine fiscal. Comme le juge Newbould l'a expliqué, le fait de rejeter la demande de rectification de l'entente dans les circonstances [TRADUCTION] « permettrait à [l'Agence du revenu du Canada] de tirer un gain fortuit de l'erreur » : par. 44. Il n'y a aucune raison de permettre à l'Agence du revenu du Canada de tirer un gain fortuit auquel aucun autre tiers n'aurait eu droit.

[92] Je rejetterais le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi accueilli avec dépens, les juges ABELLA et CÔTÉ sont dissidentes.*

*Procureur de l'appellant : Procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureurs des intimées : McCarthy Tétrault, Toronto.*



# INDEX

## ABORIGINAL LAW

Indian reserves — Taxation — Property assessments — Assessment of leased reserve lands for taxation purposes — Indian Band surrendering portion of reserve lands to Crown for lease to third party — Lease restricting use of lands to golf and country club — Whether applicable Band property assessment by-law allows assessor to consider use restriction under lease in determining value of lands for taxation purposes — Musqueam Indian Band Property Assessment Bylaw, PR-96-01, s. 26(3.2).

MUSQUEAM INDIAN BAND V. MUSQUEAM INDIAN BAND (BOARD OF REVIEW), 3.

---

## ADMINISTRATIVE LAW

1. Appeals — Standard of review — Boards and tribunals — Assessment Review Board for City of Edmonton — Taxpayer filing complaint disputing municipal property assessment amount — Board increasing property assessment as requested in City's response to complaint — Standard of review applicable to Board's decision to increase taxpayer's property assessment — Whether Board's decision reasonable — Municipal Government Act, R.S.A. 2000, c. M-26, s. 470.

EDMONTON (CITY) V. EDMONTON EAST (CAPILANO) SHOPPING CENTRES LTD., 293.

2. Judicial review — Standard of review — Information and Privacy Commissioner — Standard of review applicable to Commissioner's decision to compel production of records over which solicitor-client privilege is asserted — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.A. 2000, c. F-25, s. 56(3).

ALBERTA (INFORMATION AND PRIVACY COMMISSIONER) V. UNIVERSITY OF CALGARY, 555.

---

## APPEALS

Courts — Standard of review — Contractual interpretation — Standard of appellate review applicable to trial judge's interpretation of standard form insurance contract.

LEDCOR CONSTRUCTION LTD. V. NORTHBRIDGE INDEMNITY INSURANCE CO., 23.

---

## ARBITRATION

Appeals — Commercial arbitration awards — Parties entering into agreement containing option to renew — Parties disagreeing as to whether option to renew validly exercised and entering into arbitration — Arbitrator ruling that option validly exercised by letter — Chambers judge granting leave to appeal pursuant to s. 31 of Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, allowing appeal and amending arbitrator's award — Court of Appeal reversing grant of leave and reinstating award — Court of Appeal finding that no pure question of law arises from arbitrator's interpretation of agreement and letter and that threshold requirement for granting leave to appeal under s. 31 therefore not met.

URBAN COMMUNICATIONS INC. V. BCNET NETWORKING SOCIETY, 289.

---

## CIVIL LIABILITY

Medical malpractice — Negligence — Causation — Evidence — Presumption of fact — Physicians negligently delaying patient's cancer diagnosis — Patient dying of lung cancer — Physicians' negligence undermining plaintiff's ability to prove causation — Trial judge refusing to apply presumption of fact in favour of causation and finding causation not established — Whether trial judge required to draw adverse inference of causation or apply presumption

**CIVIL LIABILITY — (Concluded)**

of fact where defendant's negligence undermines plaintiff's ability to prove causation and where at least some evidence of causation adduced — Whether Court of Appeal justified in reversing trial judge's decision on basis of error of law — Whether trial judge committed palpable and overriding error in appreciation of facts — Civil Code of Québec, art. 2849.

BENHAIM V. ST-GERMAIN, 352.

---

**CIVIL PROCEDURE**

Contempt of court — Required knowledge and intent — Statutory provision creating offence of contempt of court for anyone who disobeys any process or order of court or judge, or acts in such way as to interfere with orderly administration of justice or to impair authority or dignity of court — Student organization holding protests and forming picket lines at university — Student obtaining provisional interlocutory injunction mandating free access to university facilities and classes — Spokesperson of student organization commenting on injunctions and picket lines in interview — Whether spokesperson guilty of contempt — Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 50 para. 1.

MORASSE V. NADEAU-DUBOIS, 232.

---

**COMMERCIAL LAW**

1. Corporations — Oppression — Reasonable expectations of shareholder — Shareholder resigning as officer and director of corporation — Whether resignation extended to shareholder status and shares transferred accordingly — Whether evidence supported reasonable expectation asserted by shareholder of being treated as such and, if so, whether reasonable expectation was violated — Whether shareholder unlawfully deprived of shareholder status as a result of corporation's conduct — Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 241.

MENNILLO V. INTRAMODAL INC., 438.

2. Corporations — Taxation — Whether rectification of written instrument amount to retroactive tax planning.

JEAN COUTU GROUP (PJC) INC. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 670.

**COMMERCIAL LAW — (Concluded)**

3. Corporations — Taxation — Whether rectification of contract amounts to retroactive tax planning.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. FAIRMONT HOTELS INC., 720.

---

**CONSTITUTIONAL LAW**

1. Judicial independence — Financial security — Justices of peace — Judicial reform — Provincial legislation amending status of justices of peace, including employment conditions, remuneration and pension plan — Whether new judicial office created — Whether committee review of remuneration and pension plan necessary and if so, when should review occur — Whether legislation infringes constitutional guarantee of judicial independence — If so, whether infringement justifiable — Constitution Act, 1867, preamble — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Act to amend the Courts of Justice Act and other legislative provisions as regards the status of justices of the peace, S.Q. 2004, c. 12, ss. 27, 30 and 32 — Décret 932-2008, (2008) 140 G.O. 2, 5681.

CONFÉRENCE DES JUGES DE PAIX MAGISTRATS DU QUÉBEC V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 116.

2. Judicial independence — Financial security — Pensions — Justices of peace — Judicial reform — Section 178 of Courts of Justice Act, CQLR, c. T-16, mandates participation of justices of peace in public service pension plan — Whether pension plan, as part of overall remuneration, meets minimum constitutional threshold required for judicial office.

CONFÉRENCE DES JUGES DE PAIX MAGISTRATS DU QUÉBEC V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 116.

3. Charter of Rights — Arbitrary detention — Right to counsel — Search and seizure — Remedy — Exclusion of evidence — Admission of breath sample evidence would not bring administration of justice into disrepute — Accused's convictions upheld.

R. V. ROWSON, 158.

4. Charter of Rights — Search and seizure — Arbitrary detention — Remedy — Exclusion of evidence — Police officer noticing knife in accused's truck when conducting visual inspection during traffic stop — Accused arrested for possession of weapon dangerous to public peace and search

**CONSTITUTIONAL LAW — (Concluded)**

incidental to arrest revealing cocaine — Majority of Court of Appeal finding that visual inspection by officer did not constitute search, that seizure of knife justified since in plain view and easily accessible to accused, that officer had reasonable and probable grounds to arrest accused and that seizure of cocaine justifiable incidental to arrest — Accused's convictions upheld.

R. v. DIAMOND, 291.

5. Charter of Rights — Freedom of association — Right to collective bargaining — Province adopting legislation nullifying certain terms of public school teachers' collective agreement and preventing similar terms from being renegotiated or included in collective agreement until specific date — Prior to adoption of legislation, teachers consulted by province and collective bargaining taking place but no agreement reached — Teachers challenging constitutionality of legislation — Trial judge declaring legislation unconstitutional for infringing teachers' freedom of association and finding that province failed to consult in good faith — Majority of Court of Appeal allowing appeal, holding that legislation constitutional since consultations and collective bargaining leading up to legislation afforded teachers meaningful process in which to advance their collective aspirations, and that province consulted in good faith — Dissenting judge concluding that trial judge's finding that legislation unconstitutional must be upheld, that trial judge made no appealable error in finding that province did not consult in good faith, and that infringement of freedom of association not justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d) — Education Improvement Act, S.B.C. 2012, c. 3.

BRITISH COLUMBIA TEACHERS' FEDERATION v. BRITISH COLUMBIA, 407.

**CONTRACTS**

1. Interpretation — Common intention of parties — Written instruments relating to transactional scheme not reflecting common intention of parties for tax-neutrality — Transactions having unintended tax consequences — Whether, under Quebec civil law, general intention that execution of transactional scheme be tax-neutral sufficient to authorize rectification of written instruments — Civil Code of Québec, art. 1425.

JEAN COUTU GROUP (PJC) INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 670.

**CONTRACTS — (Concluded)**

2. Equity — Remedies — Rectification of written instrument recording prior agreement — Agreement intended by parties to operate on tax-neutral basis — Corporate resolutions effecting share redemption — Share redemption having unintended tax consequences — Whether courts below erred in holding parties' intention can support grant of rectification — Whether equitable remedy of rectification available.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. FAIRMONT HOTELS INC., 720.

**COURTS**

1. Jurisdiction — Class actions — Hearings outside superior court's home province — Superior court judges in three provinces supervising implementation of pan-national class action settlement — Motions relating to settlement brought before supervisory judges — Class counsel proposing that supervisory judges sit together in fourth province to hear motions — Parties agreeing that judges have discretionary power to sit together outside their home provinces, but disagreeing on source of power and conditions under which it may be exercised — Whether source of authority is statutory or an aspect of inherent powers of superior court — Whether video link to open courtroom in judges' home jurisdiction is condition for exercise of authority — Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 12 — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 12.

ENDEAN v. BRITISH COLUMBIA, 162.

2. Jurisdiction — Federal Court — Relief sought under constitutional law — Company incorporated by federal legislation owning and operating Canadian half of bridge between Canada and United States — Company purchasing residential properties near bridge to facilitate maintenance and expansion — City issuing repair orders against properties pursuant to municipal by-law — Company applying to Federal Court for declarations that it has rights under its incorporating legislation which supersede municipal by-law — Whether Federal Court has jurisdiction to decide whether Company must comply with by-law and repair orders — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 23 — An Act to incorporate The Canadian Transit Company, S.C. 1921, c. 57.

WINDSOR (CITY) v. CANADIAN TRANSIT CO., 617.

**CRIMINAL LAW**

1. Charge to jury — Testimony of children — 17-year-old complainant testifying about alleged events that took place when she was 12 years old — Trial judge instructing jury to consider memory of 12-year-old — Trial judge's charge to jury as a whole conveying correct instruction — Accused's convictions restored.

R. v. C.K-D., 160.

2. Sentencing — Sentencing procedure — Guilty plea — Joint submission on sentence from Crown and defence counsel — Whether trial judge erred in departing from joint submission — Proper legal test trial judges should apply in deciding whether it is appropriate in a particular case to depart from joint submission.

R. v. ANTHONY-COOK, 204.

**INSURANCE**

Property insurance — All risks policy — Exclusion clauses — Interpretation — Builders' risk policy excluding from coverage cost of making good faulty workmanship — Windows of building under construction scratched by contractor hired to clean them and windows needing replacement — Whether faulty workmanship exclusion to coverage applicable.

LEDCOR CONSTRUCTION LTD. v. NORTHBRIDGE INDEMNITY INSURANCE Co., 23.

**LAW OF PROFESSIONS**

Ethics — Powers of investigation of syndic — Production of documents — Litigation privilege — Inquiry by syndic of *Chambre de l'assurance de dommages* into conduct of claims adjuster — Whether statutory provision creating obligation to produce "any . . . document" at request of syndic can be interpreted as abrogating litigation privilege — Act respecting the distribution of financial products and services, CQLR, c. D-9.2, s. 337.

LIZOTTE v. AVIVA INSURANCE COMPANY OF CANADA, 521.

**MUNICIPAL LAW**

Taxation — Property assessments — Assessment Review Board for City of Edmonton — Taxpayer filing complaint disputing municipal property assessment amount — Board increasing property assessment as requested in City's response to complaint — Lower courts agreeing with taxpayer that Board cannot increase property assessment — Whether Board had power to increase assessment — Municipal Government Act, R.S.A. 2000, c. M-26, s. 467.

EDMONTON (CITY) v. EDMONTON EAST (CAPILANO) SHOPPING CENTRES LTD., 293.

**PRIVACY**

1. Disclosure of personal information — Disclosure without knowledge or consent — Exceptions — Compliance with court order — Implied consent — Judgment creditor sought to enforce judgment obtained against debtors by selling their home — Sheriff refused to sell house without mortgage discharge statement from mortgagee — Mortgagee refused to produce discharge statement on ground that Personal Information Protection and Electronic Documents Act precluded disclosure — Whether Act precludes mortgagee from disclosing mortgage discharge statement to judgment creditor without mortgagor/debtor's consent — Whether order sought by judgment creditor constitutes "order made by a court" pursuant to s. 7(3)(c) of Act — Whether debtors impliedly consented to disclosure of mortgage discharge statement — Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5, s. 7(3)(c), Sch. 1, cl. 4.3.6.

ROYAL BANK OF CANADA v. TRANG, 412.

2. Investigation of complaints — Powers of Information and Privacy Commissioner — Production of documents — Solicitor-client privilege — Dismissed employee filing complaint with Commissioner and seeking access to her personal employment information — Employer claiming solicitor-client privilege over some documents — Whether statutory provision which requires public body to produce records to Commissioner "[d]espite . . . any privilege of the law of evidence" allows Commissioner to review documents over which solicitor-client privilege is claimed — If so, whether Commissioner made reviewable error by ordering

**PRIVACY — (Concluded)**

production of documents — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.A. 2000, c. F-25, s. 56(3).

ALBERTA (INFORMATION AND PRIVACY COMMISSIONER)  
V. UNIVERSITY OF CALGARY, 555.

---

**TAXATION**

Customs and excise — International trade — Tariff classification of goods — Importation of hockey gloves — Whether goods should be classified as “gloves, mittens and mitts” or “other articles of plastics and articles of other materials” under Harmonized Commodity Description and Coding System — Whether Canadian International Trade Tribunal’s interpretation and application of Rules 1 and 2 of General Rules for Interpretation of Harmonized System were reasonable — Customs Tariff, S.C. 1997, c. 36, Schedule, General Rules for the Interpretation of the Harmonized System.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. IGLOO VIKSKI INC.,  
80.

---



# INDEX

## APPELS

Tribunaux — Norme de contrôle — Interprétation contractuelle — Norme de contrôle qu'il convient d'appliquer en appel à l'interprétation d'un contrat d'assurance type retenue par le juge de première instance.

LEDCOR CONSTRUCTION LTD. C. SOCIÉTÉ D'ASSURANCE D'INDEMNISATION NORTHBRIDGE, 23.

---

## ARBITRAGE

Appels — Sentences arbitrales commerciales — Conclusion par les parties d'un accord comportant une option de renouvellement — Désaccord entre les parties sur la question de savoir si l'option a été valablement exercée et recours par celles-ci à l'arbitrage — Décision de l'arbitre concluant que l'option a été valablement exercée par voie de lettre — Décision du juge en chambre octroyant l'autorisation d'appeler en vertu de l'art. 31 de la loi intitulée Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, faisant droit à l'appel et modifiant la sentence de l'arbitre — Arrêt de la Cour d'appel infirmant l'octroi de l'autorisation d'appeler et rétablissant la sentence arbitrale — Conclusion de la Cour d'appel portant que l'interprétation par l'arbitre de l'accord et de la lettre ne soulève pas de pure question de droit et qu'en conséquence la condition préalable à l'octroi de l'autorisation d'appeler prévue par l'art. 31 n'est pas respectée.

URBAN COMMUNICATIONS INC. C. BCNET NETWORKING SOCIETY, 289.

---

## ASSURANCES

Assurances de biens — Police d'assurance tous risques — Clauses d'exclusion — Interprétation — Police d'assurance chantier soustrayant à la garantie les frais engagés pour remédier à une malfaçon — Besoin de remplacer les fenêtres d'un immeuble en construction égratignées par

## ASSURANCES — (Fin)

l'entrepreneur qui avait été engagé pour les nettoyer — L'exclusion relative à la malfaçon s'applique-t-elle?

LEDCOR CONSTRUCTION LTD. C. SOCIÉTÉ D'ASSURANCE D'INDEMNISATION NORTHBRIDGE, 23.

---

## CONTRATS

1. Interprétation — Intention commune des parties — Instruments écrits relatifs à un montage transactionnel ne reflétant pas l'intention commune des parties de neutralité sur le plan fiscal — Transactions aux conséquences fiscales indésirables — En droit civil québécois, l'intention générale que la mise en œuvre d'un montage transactionnel soit neutre sur le plan fiscal est-elle suffisante pour autoriser la rectification des instruments écrits? — Code civil du Québec, art. 1425.

GROUPE JEAN COUTU (PJC) INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 670.

2. Equity — Recours — Rectification d'un instrument écrit qui consigne une entente antérieure — Souhait des parties que l'entente soit exécutée de façon neutre sur le plan fiscal — Résolutions d'une société portant rachat d'actions — Rachat d'actions entraînant des conséquences non souhaitées — Les juridictions inférieures ont-elles commis une erreur en concluant que l'intention des parties peut justifier l'octroi d'une rectification? — Est-il possible d'obtenir la rectification, une réparation en equity?

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. HÔTELS FAIRMONT INC., 720.

---

## DROIT ADMINISTRATIF

1. Appels — Norme de contrôle — Organismes et tribunaux administratifs — Comité de révision des évaluations

**DROIT ADMINISTRATIF — (Fin)**

de la Ville d'Edmonton — Dépôt par un contribuable d'une plainte visant à contester le montant d'une évaluation foncière municipale — Augmentation de l'évaluation foncière par le Comité conformément à ce qui a été demandé par la Ville dans sa réponse à la plainte — Norme de contrôle applicable à la décision du Comité d'augmenter l'évaluation foncière du contribuable — La décision du Comité était-elle raisonnable? — Municipal Government Act, R.S.A. 2000, c. M-26, art. 470.

EDMONTON (VILLE) C. EDMONTON EAST (CAPILANO) SHOPPING CENTRES LTD., 293.

2. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée — Norme de contrôle applicable à la décision de la Commissaire d'ordonner la production de documents à l'égard desquels est invoqué le secret professionnel de l'avocat — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.A. 2000, c. F-25, art. 56(3).

ALBERTA (INFORMATION AND PRIVACY COMMISSIONER) C. UNIVERSITY OF CALGARY, 555.

**DROIT COMMERCIAL**

1. Sociétés par actions — Abus — Attentes raisonnables de l'actionnaire — Démission d'un actionnaire à titre de dirigeant et d'administrateur d'une société — La démission valait-elle également pour la qualité d'actionnaire et, dans l'affirmative, les actions ont-elles de ce fait été transférées? — La preuve étaye-t-elle l'allégation selon laquelle l'actionnaire s'attendait raisonnablement à être traité comme tel et, dans l'affirmative, cette attente raisonnable a-t-elle été frustrée? — Le comportement de la société a-t-il eu pour effet de dépouiller illégalement l'actionnaire de sa qualité d'actionnaire? — Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, c. C-44, art. 241.

MENNILLO C. INTRAMODAL INC., 438.

2. Sociétés par actions — Fiscalité — La rectification d'un instrument écrit équivaut-elle à une planification fiscale rétroactive?

GROUPE JEAN COUTU (PJC) INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 670.

**DROIT COMMERCIAL — (Fin)**

3. Sociétés par actions — Fiscalité — La rectification du contrat est-elle assimilable à une planification fiscale rétroactive?

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. HÔTELS FAIRMONT INC., 720.

**DROIT CONSTITUTIONNEL**

1. Indépendance judiciaire — Sécurité financière — Juges de paix — Réforme judiciaire — Statut des juges de paix, dont les conditions d'emploi, la rémunération et le régime de retraite, modifié par législation provinciale — Y a-t-il eu création d'une nouvelle charge judiciaire? — Un examen de la rémunération et du régime de retraite par un comité est-il nécessaire et, dans l'affirmative, à quel moment l'examen doit-il intervenir? — La loi porte-t-elle atteinte à la garantie constitutionnelle d'indépendance judiciaire? — Dans l'affirmative, l'atteinte se justifie-t-elle? — Loi constitutionnelle de 1867, préambule — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires et d'autres dispositions législatives eu égard au statut des juges de paix, L.Q. 2004, c. 12, art. 27, 30 et 32 — Décret 932-2008, (2008) 140 G.O. 2, 5681.

CONFÉRENCE DES JUGES DE PAIX MAGISTRATS DU QUÉBEC C. QUÉBEC (PROCUREURE GÉNÉRALE), 116.

2. Indépendance judiciaire — Sécurité financière — Régime de retraite — Juges de paix — Réforme judiciaire — Participation des juges de paix au régime de retraite de la fonction publique imposée par l'art. 178 de la Loi sur les tribunaux judiciaires, RLRQ, c. T-16 — Le régime de retraite, qui s'inscrit dans la rémunération globale, satisfait-il au seuil constitutionnel minimal qu'exige une charge judiciaire?

CONFÉRENCE DES JUGES DE PAIX MAGISTRATS DU QUÉBEC C. QUÉBEC (PROCUREURE GÉNÉRALE), 116.

3. Charte des droits — Détention arbitraire — Droit à l'assistance d'un avocat — Fouilles, perquisitions et saisies — Réparation — Exclusion de la preuve — L'utilisation des éléments de preuve relatifs aux échantillons d'haleine n'a pas déconsidéré l'administration de la justice — Les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé sont confirmées.

R. C. ROWSON, 158.

**DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)**

4. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Détention arbitraire — Réparation — Exclusion de la preuve — Constatation par un policier de la présence d'un couteau dans le camion de l'accusé lors d'une inspection visuelle menée durant un contrôle routier — Arrestation de l'accusé pour possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique et présence de cocaïne décelée par suite d'une fouille accessoire à l'arrestation — Conclusions des juges majoritaires de la Cour d'appel portant que l'inspection visuelle menée par le policier ne constituait pas une fouille, que la saisie du couteau était justifiée parce que l'objet était bien en vue et facilement récupérable par l'accusé, que le policier possédait des motifs raisonnables pour arrêter ce dernier et que la saisie de la cocaïne était justifiable en tant que mesure accessoire à l'arrestation — Confirmation des déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé.

R. c. DIAMOND, 291.

5. Charte des droits — Liberté d'association — Droit de négocier collectivement — Adoption par la province de dispositions législatives annulant certaines modalités de la convention collective des enseignants des écoles publiques et empêchant jusqu'à une date précise la renégociation de modalités similaires ou l'intégration de telles modalités dans la convention collective — Consultations des enseignants menées par la province et tenue de négociations collectives avant l'adoption des dispositions législatives sans qu'une entente intervienne — Contestation par les enseignants de la constitutionnalité des dispositions législatives — Décision de la juge du procès déclarant les dispositions législatives inconstitutionnelles parce qu' attentatoires à la liberté d'association des enseignants et concluant à l'absence de consultations de bonne foi par la province — Décision des juges majoritaires de la Cour d'appel accueillant l'appel et concluant d'une part à la constitutionnalité des dispositions législatives au motif que les consultations et négociations collectives ayant précédé l'adoption des mesures législatives ont constitué pour les enseignants un processus véritable leur permettant de faire valoir leurs aspirations collectives, et d'autre part à la tenue de consultations de bonne foi par la province — Décision du juge dissident portant que la conclusion de la juge du procès selon laquelle les dispositions législatives sont inconstitutionnelles doit être confirmée, que la conclusion de cette dernière selon laquelle la province n'a pas consulté de bonne foi les intéressés n'est entachée d'aucune erreur susceptible d'appel et

**DROIT CONSTITUTIONNEL — (Fin)**

que l'atteinte au droit d'association n'est pas justifiable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d) — Education Improvement Act, S.B.C. 2012, c. 3.

BRITISH COLUMBIA TEACHERS' FEDERATION c.  
COLOMBIE-BRITANNIQUE, 407.

**DROIT CRIMINEL**

1. Exposé au jury — Témoignage des enfants — Témoignage d'une plaignante âgée de 17 ans au sujet d'événements qui seraient survenus lorsqu'elle avait 12 ans — Directives de la juge du procès indiquant aux jurés d'apprécier le souvenir des faits comme si ceux-ci étaient relatés par une personne de 12 ans — Exposé de la juge du procès ayant communiqué globalement aux jurés les directives appropriées — Rétablissement des déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé.

R. c. C.K-D., 160.

2. Détermination de la peine — Procédure de détermination de la peine — Plaidoyer de culpabilité — Recommandation conjointe relative à la peine présentée par les avocats du ministère public et de la défense — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en écartant la recommandation conjointe? — Critère juridique que les juges du procès devraient appliquer pour décider s'il est approprié, dans une affaire donnée, d'écarter une recommandation conjointe.

R. c. ANTHONY-COOK, 204.

**DROIT DES AUTOCHTONES**

Réserves indiennes — Fiscalité — Évaluation foncière — Évaluation, à des fins de taxation, de terres de réserve louées — Bande indienne cédant une partie des terres de la réserve à Sa Majesté pour que celle-ci les loue à un tiers — Bail restreignant l'utilisation des terres à l'exploitation d'un terrain de golf — Le règlement de la bande applicable en matière d'évaluation foncière permet-il à l'évaluateur de tenir compte de la restriction quant à l'utilisation prévue au bail pour déterminer la valeur des terres à des fins de taxation?

**DROIT DES AUTOCHTONES — (Fin)**

— Musqueam Indian Band Property Assessment Bylaw, PR-96-01, art. 26(3.2).

MUSQUEAM INDIAN BAND C. MUSQUEAM INDIAN BAND (BOARD OF REVIEW), 3.

---

**DROIT DES PROFESSIONS**

Déontologie — Pouvoirs d'enquête du syndic — Production de documents — Privilège relatif au litige — Enquête du syndic de la Chambre de l'assurance de dommages sur la conduite d'un expert en sinistre — Une disposition législative prévoyant l'obligation de fournir « tout document » à la demande du syndic peut-elle être interprétée comme écartant le privilège relatif au litige? — Loi sur la distribution de produits et services financiers, RLRQ, c. D-9.2, art. 337.

LIZOTTE C. AVIVA, COMPAGNIE D'ASSURANCE DU CANADA, 521.

---

**DROIT FISCAL**

Douanes et accise — Commerce international — Classement de marchandises en vue de la détermination du tarif — Importation de gants de hockey — Les marchandises doivent-elles être classées comme des « gants, mitaines et moufles » ou comme « autres ouvrages en matières plastiques et ouvrages en autres matières » en application du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises? — L'interprétation et l'application par le Tribunal canadien du commerce extérieur des Règles 1 et 2 des Règles générales pour l'interprétation du Système harmonisé étaient-elles raisonnables? — Tarif des douanes, L.C. 1997, c. 36, annexe, Règles générales pour l'interprétation du Système harmonisé.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. IGLOO VIKSKI INC., 80.

---

**DROIT MUNICIPAL**

Fiscalité — Évaluation foncière — Comité de révision des évaluations de la Ville d'Edmonton — Dépôt par un contribuable d'une plainte visant à contester le montant d'une évaluation foncière municipale — Augmentation de l'évaluation foncière par le Comité conformément à ce qui a été demandé par la Ville dans sa réponse à la plainte — Les cours d'instance inférieure convenant avec le contribuable que le Comité ne peut augmenter l'évaluation foncière — Le Comité avait-il le pouvoir d'augmenter l'évaluation? — Municipal Government Act, R.S.A. 2000, c. M-26, art. 467.

EDMONTON (VILLE) C. EDMONTON EAST (CAPILANO) SHOPPING CENTRES LTD., 293.

---

**PROCÉDURE CIVILE**

Outrage au tribunal — Connaissance et intention requises — Disposition légale prévoit qu'est coupable de l'infraction d'outrage au tribunal celui qui contrevient à une ordonnance ou à une injonction du tribunal ou d'un de ses juges, ou qui agit de manière, soit à entraver le cours normal de l'administration de la justice, soit à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal — Protestations orchestrées et piquets de grève érigés à l'université par une organisation étudiante — Injonction interlocutoire provisoire ordonnant de laisser libre accès aux classes et aux installations universitaires obtenue par un étudiant — Commentaires sur les injonctions et les lignes de piquetage émis par le porte-parole d'une organisation étudiante durant une entrevue — Le porte-parole est-il coupable d'outrage? — Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25, art. 50 al. 1.

MORASSE C. NADEAU-DUBOIS, 232.

---

**PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS**

1. Communication de renseignements personnels — Communication à l'insu de l'intéressé ou sans son consentement — Exceptions — Respect d'une ordonnance judiciaire

## PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS — (Fin)

— Consentement implicite — Demande du créancier d'un jugement de faire exécuter le jugement obtenu contre les débiteurs en vendant leur maison — Refus du shérif de vendre la maison sans l'état de mainlevée de l'hypothèque du créancier hypothécaire — Refus du créancier hypothécaire de produire l'état de mainlevée de l'hypothèque pour le motif que la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques interdit la communication — La Loi interdit-elle au créancier hypothécaire de communiquer l'état de mainlevée de l'hypothèque au créancier d'un jugement sans le consentement du débiteur hypothécaire ou du débiteur? — L'ordonnance sollicitée par le créancier d'un jugement constitue-t-elle une « ordonnance d'un tribunal » au sens de l'art. 7(3)c) de la Loi? — Les débiteurs ont-ils implicitement consenti à la communication de l'état de mainlevée d'hypothèque? — Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, c. 5, art. 7(3)c), ann. 1, art. 4.3.6.

BANQUE ROYALE DU CANADA *c.* TRANG, 412.

2. Examen des plaintes — Pouvoirs du commissaire à l'information et à la protection de la vie privée — Production de documents — Secret professionnel de l'avocat — Commissaire saisie de la plainte d'une employée congédiée et de sa demande d'accès à ses données personnelles d'emploi — Secret professionnel de l'avocat invoqué par l'employeur à l'égard de certains documents — La disposition législative qui oblige un organisme public à produire des documents à l'intention du commissaire « [m]algré [. . .] tout privilège que reconnaît le droit de la preuve » permet-elle à ce dernier d'examiner les documents à l'égard desquels est invoqué le secret professionnel de l'avocat? — Dans l'affirmative, la Commissaire a-t-elle commis une erreur susceptible de contrôle en ordonnant la production de documents? — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.A. 2000, c. F-25, art. 56(3).

ALBERTA (INFORMATION AND PRIVACY COMMISSIONER)  
*c.* UNIVERSITY OF CALGARY, 555.

## RESPONSABILITÉ CIVILE

Faute médicale — Négligence — Causalité — Preuve — Présomption de fait — Diagnostic de cancer chez le patient retardé en raison de la négligence des médecins — Décès du patient atteint de cancer du poumon — Possibilité pour la demanderesse de prouver l'existence du lien de causalité minée par la négligence des médecins — Refus par la juge de première instance d'admettre une présomption de fait en faveur de la causalité et conclusion selon laquelle le lien de causalité n'a pas été établi — Le juge des faits est-il tenu de tirer une inférence de causalité défavorable ou d'admettre la présomption de fait lorsque la négligence du défendeur compromet la possibilité pour le demandeur d'établir le lien de causalité, et lorsqu'au moins certains éléments de preuve du lien de causalité ont été produits? — La Cour d'appel a-t-elle infirmé à bon droit la décision de la juge de première instance au motif qu'elle était entachée d'une erreur de droit? — La juge de première instance a-t-elle commis une erreur manifeste et dominante dans son appréciation des faits? — Code civil du Québec, art. 2849.

BENHAIM *c.* ST-GERMAIN, 352.

## TRIBUNAUX

1. Compétence — Recours collectifs — Audiences de cours supérieures tenues à l'extérieur de leur province de rattachement — Juges de la cour supérieure de trois provinces chargés de superviser la mise en œuvre d'une convention pancanadienne de règlement de recours collectifs — Juges superviseurs saisis de requêtes relatives à la convention de règlement — Conseillers juridiques proposant que les juges superviseurs siègent ensemble dans une quatrième province pour trancher les requêtes — Accord des parties sur le fait que les juges ont le pouvoir discrétionnaire de siéger ensemble à l'extérieur de leur province de rattachement, mais non sur la source et les modalités d'exercice de ce pouvoir — S'agit-il d'un pouvoir d'origine législative ou d'un volet de la compétence inhérente des cours supérieures? — L'exercice de ce pouvoir nécessite-t-il un lien vidéo entre la salle d'audience où se trouve le juge et une salle d'audience accessible au public dans la province de rattachement du juge? — Loi de 1992 sur les recours

**TRIBUNAUX — (Fin)**

collectifs, L.O. 1992, c. 6, art. 12 — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, art. 12.

ENDEAN C. COLOMBIE-BRITANNIQUE, 162.

2. Compétence — Cour fédérale — Réparation demandée sous le régime du droit constitutionnel — Société constituée par une loi fédérale possédant et exploitant la moitié canadienne d'un pont reliant le Canada aux États-Unis — Achat par la Société de propriétés résidentielles situées près du pont en vue de faciliter l'entretien et l'agrandissement du pont — Ordres de réparation des propriétés donnés par la ville aux termes d'un règlement municipal — Société demandant à la Cour fédérale de déclarer que sa loi constitutive lui confère des droits qui l'emportent sur le règlement municipal — La Cour fédérale a-t-elle compétence pour décider si la Société doit se conformer au règlement et aux ordres de réparation? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 23 — Loi constituant en corporation « The Canadian Transit Company », S.C. 1921, c. 57.

WINDSOR (CITY) C. CANADIAN TRANSIT Co., 617.

---

ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0J1

*En cas de non-livraison, retourner à :*  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0J1

---

Available from:  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scs-csc.ca

En vente auprès de :  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scs-csc.ca